





ISTITUTO  
DI DIRITTO PRIVATO

SALA POLACCO

24

e

7

Università di Padova







1  
S  
U



*2. Brevato*  
*L. Tela*  
Prof. **NICOLA COVIELLO**

**CORSO COMPLETO**  
DEL  
**DIRITTO DELLE SUCCESSIONI**

**2<sup>a</sup> edizione**

CURATA

dal Prof. **LEONARDO COVIELLO**

DELLA R. UNIVERSITÀ DI PALERMO

**Volume I.**

**PARTE GENERALE**



**NAPOLI**

**Lorenzo Alvano, Libraio-Editore**

Via Università, 26 - S. Marcellino, 1

1914



PROPRIETÀ LETTERARIA

---

*Sono dichiarate contraffatte le copie non munite della seguente firma.*

*Phanup*  
*SSC*



## AVVERTENZA

Queste litografie contengono un trattato completo del diritto successorio secondo il nostro Codice Civile (*Parte generale, vol. I; Successioni legittime e testamentarie, vol. II*). Sono i corsi del mio amatissimo fratello prof. Nicola professati nella R. Università di Catania negli anni accademici 1905-1906, e 1909-1910.

La redazione non è a lui dovuta, perchè le lezioni vennero raccolte dagli uditori ed egli ne rivide soltanto le bozze sommariamente prima di permettere la litografia. Però se manca il *limae labor*, il contenuto rispecchia sostanzialmente le idee dell'Autore, il quale aveva studiato l'argomento con la consueta ampiezza e profondità.

Permettendo ora la riproduzione in una forma assai più nitida e corretta, ho ceduto alle vive insistenze sia dell'Editore, sia di moltissimi studiosi che ardentemente desideravano non venire privati di un'esposizione del diritto successorio, facile e piana da un canto e d'altra parte condotta con lo stesso metodo rigorosamente scientifico che si trova nelle altre opere del compianto Maestro.

Ho creduto inoltre che la nuova riproduzione possa riescire di grande vantaggio ai miei studenti dell'Ateneo palermitano, come guida per la loro preparazione.

Palermo, 30 aprile 1914

Prof. Leonardo Coviello





DI

S/

U



# DIRITTO DELLE SUCCESSIONI

## I I

*Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*

---

### Sezione 1.<sup>a</sup>

---

#### — Sommario —

*Successione in genere. Concetto di eredità (in senso obbiettivo). Eredità in senso subbiettivo, ossia il diritto ereditario. Successione a titolo particolare. Criterio distintivo tra eredità e legato. Si completa il concetto di legato.*

*Che significa successione?*

*Successione in senso ampio significa il sottentrare di una persona nel rapporto giuridico di cui era soggetto un'altra persona.*

*La successione così è sinonimo della trasmissione del diritto. I diritti sono dei rapporti fra la persona e la cosa;*



quando restando immutati l'oggetto del diritto e il contenuto del diritto, muta la persona, in quanto che a un soggetto sottentra un secondo, questo fenomeno si dice trasmissione del diritto o successione. Quindi la successione s'incontra non solo nel caso di morte di un individuo, ma anche in molti altri casi più comuni nella vita; così il compratore è successore del venditore, il donatario del donante, chi acquista un usufrutto è successore del proprietario concedente l'usufrutto, chi fa un contratto di enfiteusi è successore del padrone del fondo, ecc. In tutti i casi in cui s'è trasmissione di diritti, in cui una persona s'è sostituita in luogo di un'altra, come soggetto in un dato rapporto giuridico abbiamo successione. Infatti la parola latina significa cedere sub, entrare sotto, cioè nel posto di un altro.

Ma in questo significato generale, la parola successione non è comunemente usata: invece si usa in un significato più stretto e più tecnico per denominare il sostituirsi di una persona vivente nella posizione giuridica patrimoniale di una persona defunta. Col morire dell'uomo non si estinguono tutti i rapporti giuridici che gli appartenevano, questi sussistono, ma sussistono in quanto al defunto succede un'altra persona, giacchè non possono esservi diritti senza soggetto. Tra il sostituirsi di una persona nella posizione giuridica patrimoniale che un defunto ebbe si chiama successione causa mortis per distinguerla dalla successione che può aver luogo tra vivi in forza di do-



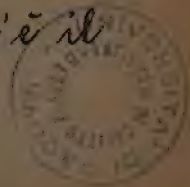
marione e di qualunque contratto traslativo di proprietà o di altro diritto.

Ma anche la successione causa mortis così intesa come sottrattamento di una persona viva nei rapporti patrimoniali di una persona defunta, va intesa in due specie: successione a titolo universale e successione a titolo particolare.

La successione a titolo universale, notate, non può essere che successione causa mortis, mentre la successione a titolo particolare può aver luogo per atto tra vivi e può aver luogo mortis causa.

La successione per atto tra vivi è sempre successione a titolo particolare, a differenza di ciò che avveniva nel diritto romano antico in cui anche per atti tra vivi potevasi avere successione a titolo universale, come nel caso in cui avveniva il *matrimonium cum manu*, quando alcuno perdeva la libertà; o quando una famiglia passava a un'altra mediante l'*adrogatio*. Nel diritto nuovo invece casi di successione universale, per atto tra vivi non esistono, sicché tutte le successioni per atto tra vivi sono a titolo particolare, solo nelle successioni mortis causa possiamo trovare successioni a titolo universale e successioni a titolo particolare.

Quando ha luogo la successione a titolo universale si dice che la persona ha l'eredità di un'altra persona, quindi la successione a titolo universale e l'eredità sono sinonimi. Ma qual'è il

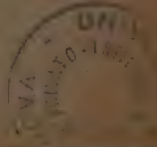




concetto di eredità? Che si intende per eredità? Eredità in senso obiettivo, guardata adraando dal diritto che su di essa ha una persona non è, nota, il complesso, la somma dei diritti spettanti al successore del defunto. La somma, il complesso dei diritti patrimoniali di una persona si può trasmettere anche per atto tra vivi: una persona può donare tutto il suo patrimonio ad un'altra persona e ciò facendo si spoglia di tutti i suoi diritti, del diritto di proprietà, di usufrutto, di servitù, dei diritti di credito ecc in favore di un'altra persona la quale acquista tutti i diritti che appartenevano al donante; ma si ha con ciò successione a titolo universale? No, perché diversa è l'essenza della successione universale. La eredità non consiste nella somma materiale di beni, ma è la unità intellettuale, astratta del patrimonio il quale comprende in sé i vari diritti. Che significa che la eredità è l'unità intellettuale dei rapporti patrimoniali e non già la totalità? Significa che l'eredità non è cosa corporale, o complesso di cose corporali, è una res incorporalis, è una cosa astratta, un ente fittizio creato dal diritto per scopi speciali, come vedremo; significa che la eredità esiste, ha consistenza giuridica anche quando non abbia alcun pratico contenuto. Se muore un pitoco e lascia dei figli, costoro possono considerarsi eredi, sebbene il pitoco morendo non abbia lasciato



nemmeno i cenci. Eredità è la unità dei rapporti pa-  
 trimoniali, possibili, eventuali appartenenti ad una  
 persona, ed è perciò che si dice che la eredità è una  
 universitas juris e non già una universitas facti, la qua-  
 le, come sappiamo è un complesso di cose materiali, e  
 esistenti, mentre la universitas juris è l'unità creata  
 dal diritto. Questa unità può abbracciare più cose, può  
 essere anche unita di comunità, abbraccia attivo e pas-  
 sivo, ed eredità si ha anche se il passivo supera l'at-  
 tivo. Ecco che vuol dire eredità, cioè è una universi-  
 tas juris, è una unità intellettuale, astratta dei rap-  
 porti patrimoniali appartenenti a un defunto. Questo è  
 un concetto fittizio, un concetto tutto idealistico, me-  
 tafisico, non corrispondente alla realtà delle cose;  
 perché in nessun natura, quando una persona  
 muore o lascia dei diritti oppure lascia dei de-  
 biti, oppure non lascia niente, né diritti, né debiti,  
 e quindi praticamente si dovrebbe dire che allora  
 c'è eredità quando c'è attivo, quando l'attivo supe-  
 ra il passivo, quando c'è qualche cosa che abbia va-  
 lore economico. Ma quando questo valore economico  
 non si ha, parlare di eredità, dati i concetti preva-  
 lenti nella vita pratica è assurdo, ma sia pure  
 assurdo questo è il concetto trapassato dal Diritto Ro-  
 mano nel diritto nostro. Inale la ragione della in-  
 troduzione di tale concetto? Vi è una ragione stori-  
 ca ed una ragione pratica. La ragione storica, secon-  
 do una autorevole opinione, è che alla morte di u-





na persona, si trasferiva in un'altra il diritto di sovranità sulla famiglia; onde l'eredità non era altro che tale sovranità, da cui poi dipendevano gli altri diritti anche di ordine patrimoniale; e quindi esisteva sempre anche se patrimonio non vi fosse. La ragione pratica è quella di fare trasmettere nell'erede i debiti del defunto. Se l'eredità si fosse concepita come l'insieme delle attività, l'erede avrebbe avuto tutti i diritti senza incorrere nella responsabilità dei debiti, o per lo meno nella responsabilità illimitata di essi. Un tale concetto introdotto dal diritto romano fu estraneo al diritto germanico consuetudinario il quale concepì l'eredità conformemente al concetto economico, cioè come l'insieme di diritti patrimoniali. In quanto al pagamento dei debiti, questo era considerato come un peso inerente alle cose stesse, cosicchè ne veniva la conseguenza che l'erede dovesse pagare sì i debiti, ma non *ultra vires hereditatis*, nè *de aere proprio*. In tal modo si salvavano i diritti dei creditori del defunto e d'altra parte l'erede non incorreva nella responsabilità *ultra vires hereditarias*, come può incorrere oggi, dato il concetto dell'eredità cioè come qualche cosa che prescinde dal contenuto materiale. Però il concetto romano metafisico e fittizio, di eredità, sebbene molto combinate, tutto pure è passato perfino nel Cod. Civ. Germanico mentre i codici germanici precedenti seguivano l'antico diritto consuetudinario. Il Cod. Civ. Germanico moderno ha considerato anch'esso la eredità come un tutto,



come una unità la quale si trasmette dal defunto all'erede. Però a differenza del nostro ha eliminato l'inconveniente grave che deriva da questo concetto, ossia la responsabilità illimitata dell'erede. Per il Coa. Civ. Germanico il principio generale è che la responsabilità dell'erede è limitata alle forze della eredità.

Un'altra differenza che passa tra il concetto romano stico dell'eredità ed il concetto germanico antico è questo, che essendo la eredità un universum jus, una unità ideale che prescinde dal contenuto materiale, ne veniva la conseguenza, che non si poteva distinguere nel diritto romano, come non si può nel diritto no-stro, una eredità di cose mobili ed una eredità di cose immobili, una eredità che comprende i beni paterni ed una che comprende i beni materni, ecc; dal momento che l'eredità sussiste come unità ideale, non si potevano fare delle distinzioni relative al contenuto materiale di essa. Invece le consuetudini fran-cesi e germaniche considerando l'eredità come il complesso di beni materiali ed effettivi, concepirono la eredità come limitata ad una specie di beni, e si ebbero tante eredità quante le specie di beni: s'aveva una eredità di beni mobili ed una di beni immobili, una eredità di beni originari ed una di beni acquisiti, ecc. Sebbene l'eredità sia unità astratta, ideale, metafisica che prescinde dal contenuto materiale dei beni, pure non bisogna credere che sia una unità indivisibile; è divisibile in quanto che lo stesso nomen ju-



ris può appartenere a più persone che sono chiama-  
te a succedere al defunto. Quando più persone sono e-  
redi di un'unica persona l'eredità può essere divisa  
tra di loro e allora si ha la divisione per quote ideali,  
per frazioni - un fenomeno simile a quello che si ha per  
la comproprietà. Quando più eredi sono chiamati a suc-  
cedere ad una persona defunta, pur restando unica l'e-  
redità, questa è divisibile, perché ciascuno ha un dirit-  
to su una quota ereditaria e quindi ciascuna quota ap-  
pur ha il carattere di *universum jus*, ciascuna quota  
costituisce a sua volta una unità ideale, come se si  
hanno tante unità ideali quante sono le quote.

Definito così che significa eredità in senso obbiettivo, bi-  
sogna determinare che significa eredità in senso sub-  
biettivo. E eredità in senso subbiettivo non vuol dire altro  
che diritto spettante ad una persona sul patrimonio  
lasciato da un defunto, considerato come unità idea-  
le. Però gravi sono le questioni che si fanno dagli in-  
terpreti del diritto intorno al contenuto di questo di-  
ritto. In che esso consiste? Comunemente si dice che il  
diritto di eredità consiste nella continuazione della  
persona giuridica del defunto, nella rappresentanza del-  
la persona del defunto, di modo che l'erede sareb-  
be una stessa persona col defunto, oppure l'erede sa-  
rebbe il continuatore del defunto, oppure sarebbe il  
rappresentante del defunto. Queste sono le fasi che si  
incontrano in tutti gli autori dai più antichi ai  
moderni, i quali appunto in base a questi conce-



ti cercano di spiegare gli istituti del diritto di successione.

- L'erede forma una sola persona col defunto; rappresenta il defunto; continua la persona giuridica del defunto. La critica moderna ha rigettate queste frasi perchè esse, vagliate rigorosamente, alla stregua dei principi esprimono concetti falsi, assurdi. L'erede forma una sola persona col defunto? ma si sa che naturalmente il defunto è una persona e l'erede un'altra. Non si può di due persone farne una sola senza ricorrere ad una finzione che non trova alcun fondamento nella legge. - L'erede continua la persona del defunto? Ma questo concetto della continuità è anche sbagliato; trattandosi di due persone distinte non si può dire che l'una continua l'altra; una persona sostituisce all'altra ma non la continua, e tanto meno continua la personalità del defunto, che è intransmissibile. L'erede rappresenta il defunto? Nemmeno, perchè la rappresentanza si ha quando una persona agisce in nome ed in luogo di un'altra, quando una persona compie degli atti giuridici nell'interesse altrui, di modo che il diritto che acquista lo acquista per la persona rappresentata, come pure le obbligazioni vanno a carico del rappresentato. Invece l'erede agisce in nome e per conto suo; tutti i diritti che acquista sono diritti suoi, tutte le obbligazioni che assume sono sue; il concetto della rappresentanza è quindi assurdo. Volete ancora vedere



praticamente che questi concetti sono sbagliati? Se l'erede fosse il continuatore della persona giuridica del defunto, fosse una sola cosa col defunto, ne fosse il rappresentante, ne dovrebbe essere il continuatore, dovrebbe rappresentarlo in tutti i diritti. Mettiamo che il defunto avesse dei diritti pubblici, politici, personaliissimi, questi dovrebbero poter essere esercitati dall'erede, posto che egli fosse una sola cosa col defunto o lo rappresentasse. Invece i diritti che si trasmettono all'erede sono quelli di ordine patrimoniale, quindi i diritti personali, pubblici, politici non si trasmettono all'erede; anzi tra gli stessi diritti patrimoniali ve ne sono molti che non si trasmettono, perché di loro natura inerenti ad una determinata persona: il diritto di usufrutto non si trasmette all'erede eppure è un diritto che può essere esercitato da una persona in rappresentanza di un'altra. Parimenti certe obbligazioni non si trasmettono, perché personali, così se Tizio ha l'obbligo degli alimenti derivante dalla legge, morendo, quest'obbligazione non si trasmette agli eredi, perché obbligazione personale. Perciò i concetti della continuazione, dell'unità della persona giuridica, della rappresentanza sono concetti che salvati al lume dei principi e delle conseguenze pratiche che si debbono rigettare. Però non bisogna essere esagerati molto nella critica; sono da rigettare se si vogliono prendere nel significato loro vero e proprio, ma se si usano in un senso metaforico, come frasi pittore.





sebe, per esprimere il fatto reale che l'erede sottentra nella stessa condizione giuridica patrimoniale del defunto, sono fasi che possono passare purchè non si dimentichi quale sia il loro valore intrinseco. Sicchè la vera essenza del diritto ereditario non consiste nel continuare, o rappresentare il defunto, ma nel sottentrare nella posizione giuridica patrimoniale del defunto; cioè l'erede prende lo stesso posto che il defunto ebbe in vita in rapporto al patrimonio. In sostanza il concetto di successione, nel senso di successione ereditaria, non è sostanzialmente diverso da quello di successione a titolo particolare: si ha successione a titolo particolare quando una persona sottentra nello stesso posto che aveva il dante causa in rapporto ad un determinato rapporto giuridico; quando invece la successione è universale il successore entra nella posizione giuridica del defunto in riguardo a tutto il patrimonio, e non soltanto rispetto a determinati rapporti. Ciò posto, di che natura è il diritto ereditario? È un diritto di proprietà, è un diritto reale sui generis, oppure è un diritto personale? Alcuni hanno detto: il diritto ereditario subiettivo è un diritto di proprietà sulla eredità, ed in questa opinione han trovato appoggio in alcune fasi che si trovano nelle fonti romane. Questo concetto è antiquaristico. Il diritto di proprietà non può cadere che su cose corporali, mentre l'eredità è una res incorporalis, è un'entità astratta, che può non avere alcun contenuto economico; e per la stessa ragione non può



riguardarsi come un diritto reale sui generis. Per ben  
 determinare la natura del diritto ereditario, bisogna di-  
 stinguere i vari sensi in cui si prende questa frase.  
 Se si parla del diritto ereditario prima di acquistare  
 l'eredità, allora il diritto ereditario è diritto ad acqui-  
 starla, è diritto di natura personale, è l'esplicazione  
 della libertà umana, della volontà umana posto che  
 per l'acquisto occorre l'accettazione. Invece acquistata de-  
 finitivamente la eredità, allora la parola diritto eredita-  
 rio si può prendere in due sensi distinti. Se dico: io  
 possiedo questo fondo per diritto ereditario, la espressione  
 diritto ereditario ha il valore di titolo ereditario. Si può  
 prendere in altro senso, quando si vuole tutelare  
 o rivendicare il diritto ereditario, ed allora è la con-  
 dizione giuridica speciale fatta dalla legge all'erede. Il  
 diritto ereditario rassomiglia ai diritti di stato, come  
 alcuno ha diritto di essere figlio, marito, moglie, tuto-  
 re, così c'è anche il diritto d'essere erede, di avere la  
 qualità di erede, di fruire di tutti i vantaggi di  
 questa qualità. In questo senso il diritto ereditario  
 si può rassomigliare ad un diritto di Stato, e come  
 tale è tutelato da un'azione speciale, detta azio-  
 ne di petizione di eredità, esperibile erga omnes.  
 Fu questa considerazione che trasse molti autori a  
 ritenere che il diritto ereditario fosse reale, perchè po-  
 tendosi l'azione relativa sperimentare contro chiunque  
 neghi la qualità di erede, ha lo stesso carattere  
 delle azioni reali, e vuol dire quindi che il di-



ritto corrispondente è un diritto reale. Il ragionamen-  
to è falso perchè non soltanto le azioni rispondenti  
ai diritti reali sono quelle che hanno un valore erga  
omnes; ci sono molte azioni, che pur non essendo reali,  
si possono esperire contro chiunque; tali sono per esempio  
le azioni di stato, le azioni per tutelare il proprio nome,  
la propria dignità, i titoli di nobiltà, ecc. - Onde dal fatto  
che vediamo la qualità di erede esser garantita da un'a-  
zione esperibile erga omnes, non possiamo argomentare  
senz'altro che sia diritto reale; ma sì che è un di-  
ritto di natura assoluta, non relativa ad una deter-  
minata persona, diritto che si può sperimentare contro  
tutti, come il diritto ad un determinato stato personale,  
o a una data qualità.

Così abbiamo parlato brevemente del concetto di succes-  
sione a titolo universale, ossia eredità. Ora dobbiamo  
dare il concetto della successione a titolo particolare  
o legato.

La successione a titolo particolare causa mortis non  
differisce in nulla dalla successione che si ha per at-  
to tra vivi; che si ha quando una persona sottentra  
in un determinato rapporto patrimoniale che prima  
apparteneva al defunto. La successione a titolo parti-  
colare differisce dall'ereditaria in questo: che mentre  
la eredità è successione in universum jus, invece  
quella a titolo particolare è successione di un rap-  
porto concreto determinato. La conseguenza pratica è  
che mentre nel successore a titolo universale, ossia



nell'erede, si trasmettono non solo tutte le attività patrimoniali, ma anche le passività, invece quando la successione è a titolo particolare, siccome si succede in un determinato rapporto o in più determinati rapporti, si hanno le stesse conseguenze che nella successione per atto tra vivi. Perciò non è tenuto il legatario a pagare i debiti, ed anche quando ci sia l'obbligo speciale imposto dalla legge o dal testamento di pagare certi debiti, l'obbligo di pagare è sempre limitato a ciò che si è richiesto. Ma come si fa a distinguere se in un caso si abbia successione a titolo universale oppure a titolo particolare? Come si fa a distinguere, specialmente nel caso di successione testamentaria se le persone chiamate nel testamento siano eredi o legatari? Il codice stesso offre il criterio di distinzione, criterio obiettivo, certo, sicuro, che non bisogna dimenticare. Art. 760 C.C. Il criterio è: « se alcuno è chiamato a tutti i beni o a una quota parte di essi è erede, se non è chiamato né alla universalità dei beni, né ad una quota parte, è legatario. » Quando vedo che Virio è chiamato ad avere tutti i beni appartenenti al defunto, e succede in tutto il patrimonio del defunto, non c'è dubbio, è erede. Ma che diremo se costui, è chiamato dal testamento o dalla legge ad avere, la decima, la ventesima, la centesima parte del patrimonio o anche poniamo la milionesima? In tali casi si dovrà dire che trattasi anche di un erede, perché non bisogna confondere il successore a titolo universale con



L'erede universale. Successori a titolo universale sono non solo gli eredi universali, ma anche gli eredi parziali. Quando si dice erede universale, la parola universale si usa in senso volgare, ossia nel senso di totalità di beni materiali. Quando si dice successore a titolo universale, la parola universale si usa in senso giuridico, cioè nel senso di unità astratta, e noi abbiamo visto che l'unità ideale astratta non comprende soltanto la totalità dei beni del defunto, ma può comprendere una quota parte. Per quota parte bisogna poi intendere una frazione aritmetica di un tutto, una parte da cui si deduce a prima vista quale è l'entità del tutto. Quando dico un terzo del patrimonio di Virio, significa che il patrimonio è tre volte la porzione che spetta a Virio. Di tale proposito s'ha questione importante, risolta male dagli autori italiani che hanno seguito ciecamente gli autori francesi; se alcuno è chiamato dal testamento a godere di tutti i beni immobili del defunto, o di tutti i beni mobili, o di tutti i crediti, o di una quota dei beni mobili, o di una quota dei beni immobili, ecc, costui è erede o legatario? Gli autori quasi tutti, dicono che è erede, in quanto è chiamato in tutti i beni immobili, in tutti i beni mobili, in tutti i crediti, o in una quota parte dei beni immobili, o dei beni mobili, o dei crediti. Costui invece per la nostra legge, è legatario, non erede. Perché? Perché per essere erede bisogna succedere nella unità



ideale del patrimonio che prescinde dal contenuto materiale. Quando dico: ti lascio tutti i beni immobili, significa che ti lascio quelle determinate cose, non la unità ideale; quando dico ti lascio tutti i crediti, significa che non ti lascio l'universum jus, l'unità ideale, ma una cosa materiale concreta. Quindi non si ha né successione nella universalità dei beni, né successione in una quota parte di questa unità ideale; ma successione, in una porzione materiale di beni, o in tutti i beni determinati materialmente in modo concreto, avuto riguardo alla loro natura. L'eredità invece giusta ciò che abbiamo detto non è immobiliare, né mobiliare.

Su che si fonda l'errore degli autori italiani? Sul l'autorità degli scrittori francesi che dicono così. Però costoro hanno ragione, in quanto il codice francese ha un diverso concetto dell'eredità. Nel codice francese si chiamano successori a titolo universale non solo coloro che sono chiamati a godere della universalità del patrimonio o di una quota parte di esso, ma anche coloro che sono chiamati a godere tutti i beni mobili ed immobili, tutti i crediti ed una quota parte di questi. Ma questa disposizione tassativa della legge francese, fu eliminata dal nostro codice. Perché? Perché il codice nostro a differenza del francese non ha voluto seguire il concetto delle consuetudini francesi per le quali la eredità non si concepiva come universum jus, ma



piuttosto come aggregato, come complesso di beni; ci erano tante eredità quante specie di beni e essi si aveva l'eredità di beni immobili, l'eredità di beni mobili, l'eredità dei crediti. Quindi il codice francese, seguendo questo concetto, chiama successore universale non solo colui che è chiamato a godere della totalità, ma anche di una parte di beni immobili, mobili o crediti. Ma essendo mutato il concetto di eredità nel codice nostro, evidentemente non si possono seguire le orme degli autori francesi. Per noi è legatario o successore a titolo particolare, chiunque non sia chiamato nella totalità dei beni o in una quota parte di essi, in modo tale che chi è chiamato a succedere in tutti i beni mobili o immobili, o in una quota parte di essi è sempre legatario. Queste considerazioni sono praticamente importanti, perché molte volte nei testamenti si chiama erede la persona alla quale si danno certi determinati beni e legatario colui al quale si attribuisce una quota parte del patrimonio. Così si possono trovare le seguenti frasi improprie: Chiamo erede in tutti i miei beni immobili Tizio oppure: lego a Sempronio la quarta parte del mio patrimonio. Qui chi è chiamato erede è legatario e viceversa.

A questo proposito giova notare la differenza del criterio distintivo tra erede e legatario che passa tra il diritto nostro e il diritto romano. Nel



diritto romano il criterio di distinzione era l'appel-  
 lativo di erede che si dava dal testatore; erede era  
 colui che non veniva chiamato dal testamento an-  
 che quando fosse istituito ex re certa. Per es: Chiamo  
 Virio erede del fondo A. Questo era erede. Invece se  
 il testatore diceva: Virio sia erede, però egli avrà l'ob-  
 bligo di dividere il patrimonio per metà con Caio  
 mentre Caio secondo il diritto nostro sarebbe pure  
 erede, secondo il diritto romano era pure legata-  
 rio. Così per il diritto romano prevaleva il criterio  
 del nome; chi aveva il titolo di erede aveva per  
 conseguenza la successione universale, ancorché  
 fosse stato istituito in una cosa sola. Nel nostro  
 codice non è così, come abbiamo visto dalla lettu-  
 ra dell'art° 760, non è il nome di erede che at-  
 tribuisce la qualità di successore universale, ma,  
 viceversa, la qualità di erede per il diritto nostro  
 è conseguenza e dipendenza dell'attribuzione del-  
 l'universum jus.

Ancora bisogna completare meglio il concetto che  
 per essere erede bisogna avere o tutto il patrimo-  
 nio o una quota parte. Che diremo quando al-  
 cuno è istituito usufruttuario di tutto il patri-  
 monio o di una quota parte? Tanto per testa-  
 mento, come per legge si può avere l'usufrutto  
 del patrimonio ereditario, come nel caso del co-  
 rrinque superstite che è chiamato per legge ad  
 avere una quota parte dell'usufrutto. In questi



casì si può parlare di erede oppure no? Anche qui gli autori sono impacciati, anzi molti ritengono che in questi casi ci troviamo di fronte ad un erede. Essi si fermano alla lettera della legge, in quanto credono che ove alcuno è chiamato all'usufrutto del patrimonio o di una quota parte sottentri nell'universum jus, in questa unità ideale, perchè la legge dicendo che è disposizione a titolo universale quella che attribuisce il patrimonio o una quota, non distingue se a titolo di proprietà o di usufrutto. Ma questo è inesatto perchè con la successione nell'usufrutto di un intero patrimonio o di una quota si acquista un solo diritto quale è quello dell'usufrutto, non tutti i diritti spettanti al defunto, ciò che necessariamente consegue dalla successione universale. Invece per essere erede, come abbiamo dimostrato, bisogna essere chiamato in modo da conseguire tutti i diritti possibili ed immaginabili che spettano al defunto altrimenti non si può dire che il successore ha preso la stessa posizione giuridica del defunto. Ond'è chiaro che se si sottentra al defunto solo in un rapporto patrimoniale, qual'è l'usufrutto, sia pure che questo abbia per oggetto tutto il patrimonio o una quota parte, non si ha la qualità di erede, ma di legatario. Il che poi viene anche meglio confermato dalla considerazione che essendo perpetua la qualità di erede (*semel haeres, semper haeres*) questa non è compatibile, per la contraddizione che nol consente, colla qualità di usufruttuario, giac-





che l'usufrutto è un diritto essenzialmente temporaneo.

Neppure così in rilievo qual'è il criterio legislativo per distinguere i concetti di eredità e di legato, e quindi di erede e legatario, non sarà inopportuno aggiungere poche parole per meglio caratterizzare l'indole del legato.

Il legato, sebbene comunemente si consideri come una successione a titolo particolare, pure non sempre implica successione, e, anche quando importa successione, non sempre è successione, in senso giuridico, al defunto. Invero non implica successione nel caso in cui il testatore rimetta un debito al suo debitore, o quando egli riconosca un suo debito verso il proprio creditore, o quando lo erede è incaricato di fare qualche opera o di astenersi dal farla a vantaggio di un terzo. Dunque e simili simili disposizioni non importano certo successione, dacché nessun diritto trapassa dal testatore nel legatario; eppure vanno certamente compresi sotto il nome di legato. Può accadere ancora che il testatore obblighi l'erede a prestare una data cosa ad un terzo, a costituirgli una servitù, a concedere un'ipoteca: in tali casi v'è successione, ma il rapporto successorio non si stabilisce tra legatario e defunto, ma tra legatario e erede. Dunque anche questa è un'altra differenza, sebbene secondaria, che v'è tra il concetto di eredità e di legato: eredità importa sempre e necessariamente successione e successione al defunto: il legato non sempre.



Però anche il legato, al pari dell'eredità, non si può considerare sempre come una liberalità, dimodochè può aversi un legato valido, anche se il legatario non venga a fare nessun lucro, come nel caso che al legato sia opposto un modus del cui adempimento occorran spese che assorbono l'intero valore della cosa legata. Ciò è negato dai più che considerano il legato come una specie di donazione: ma questo è confondere ciò che è normale, con ciò che è essenziale. Ordinariamente suole avvenire che il legato sia ispirato da animo di liberalità, e quindi importi un lucro: ma ciò non è essenziale al concetto di legato. Infatti la legge in nessun luogo dice pel legato, come invece dice per la donazione (art<sup>o</sup> 1050), ch'esso costituisca una liberalità. In secondo luogo essa determina il concetto del legato in modo affatto negativo: cioè tutte le disposizioni che non comprendano il patrimonio o una quota parte di esso, sono a titolo particolare e conferiscono la qualità di legatario (art<sup>o</sup> 760 cap). Ora un tale concetto negativo, epperò molto indeterminato, trova senza difficoltà applicazione anche a quelle disposizioni che non importano alcuna liberalità. Finalmente un altro argomento in favore dell'opinione da noi seguita si trova nell'art<sup>o</sup> 845 in cui si dispone che se il testatore senza fare menzione del suo debito, fa un legato al suo creditore, il legato non si presume fatto per pagare il debito. Se che vuol dire che se il testatore facendo menzione del suo debito, fa un legato al suo creditore que



sto legato s'intende fatto per pagare il debito: oppure anzi che se non abbia fatto menzione del debito, si può provare che il legato fu fatto per pagare il debito. Ora tanto in un caso che nell'altro, seguendo la terminologia della legge, si ha un legato fatto per pagare un debito, cioè un legato che non è punto liberalità. Cosicché dall'articolo citato emerge come la liberalità sia normalmente congiunta al legato, ma non ne costituisca l'essenza; epperò nell'ipotesi in cui configurata, la legge presume soltanto la liberalità, e per meglio dire, non presume la mancanza di liberalità. Per tale riguardo l'eredità e il legato si somigliano; si ha eredità come si ha legato, anche se l'erede o il legatario non ricevano nessun vantaggio, nessun lucro.

Infine per un altro riguardo legato e eredità si somigliano: perchè anche il legato, come l'eredità, può aver causa non solo nella volontà dell'uomo (testamento), ma anche nella legge: come si ha eredità legittima ed eredità testamentaria, così vi sono legati testamentari (e sono più comuni), e legati legittimi, o ex lege. Il concetto di legati ex lege, sebbene sconosciuto in generale ai nostri civilisti, pure non è estraneo al Diritto romano (1) dove si trovano molti esempi di legati legittimi: in ogni modo, stante il concetto del legato, da noi accolto, è chiaro che l'attribuzione di una quota di usufrutto fatta in certi casi dalla legge al coniuge superstite, non può importare la qualità di erede, sì quella di legatario soltanto. E

(1) Tali erano: la quarta Dni. Pii donata agli eredi dell'adrogato in favore dell'impubere emancipato su questa causa; la quarta uxoria in favore della moglie povera, ecc.



infine non bisogna dimenticare che la disposizione dell'art.  
760, sebbene collocata sotto la rubrica delle successioni te-  
stamentarie, stabilendo un criterio obiettivo di distinzione  
tra erede e legatario, ha un valore generale: come vale su-  
che per le successioni legittime per ciò che concerne la de-  
terminazione del concetto di eredità, così deve valere anche  
per il legato.

---



## Lezione II<sup>a</sup>

### Donazioni

Apertura della successione. Devoluzione. Presupposti della successione 1<sup>o</sup> Morte di una persona. Prova. Commorienza. Assenza. Estinzione delle persone giuridiche: la loro eredità.

Dopo aver determinato il concetto generale della eredità e del legato, passiamo a parlare dell'apertura e della devoluzione della eredità. Su ciò poche parole.

Che cosa significano queste fasi apertura di eredità, devoluzione di eredità? Sono fasi, notate, quasi sinonime; soltanto accentuano un concetto piuttosto che un altro. Apertura di eredità non significa altro che l'avverarsi di quel fatto giuridico che produce la successione, cioè l'avverarsi della morte di una persona, perché il fatto giuridico che produce la successione ereditaria, non è altro che la morte di una persona. Invece devoluzione di eredità significa attribuzione del diritto successorio ad una data persona o prassimente. Come vedete le due idee sono connesse intimamente, l'eredità di regola si devolve quando è aperta; appena ha luogo l'apertura dell'eredità ha luogo anche la devoluzione. In fondo il concetto è unico. Per averci il concetto di successione ereditaria si richiedono due elementi: la morte di una persona e la esistenza di un'altra chiamata a succedere; quando si ha riguardo al primo elemento, cioè la morte di una persona, si dice che si ha l'ap-



tura della eredità: quando si ha riguardo al secondo, cioè l'e-  
sistenza di una persona chiamata a succedere ad un'altra,  
si parla di devoluzione di eredità. Nelle fonti romane non  
si trova la fase "apertura di eredità", invece si trova una  
fase corrispondente a quella di "devoluzione di eredità". Infatti  
i Romani dicevano "delata hereditas", "hereditas deferitur", per in-  
dicare il fatto della delazione o devoluzione ereditaria; solo non  
si trova la fase "delatio hereditatis". Che intendevano i Ro-  
mani per delata hereditas? Lo dicono gli stessi giuriconsul-  
ti: intendevano eredità deferita, devoluta, quella che alcuno  
può coll' accettazione conseguire, esprimevano così lo stesso concet-  
to espresso dalla nostra fase "devoluzione di eredità", cioè attri-  
buzione del diritto successorio ad una determinata persona. I  
due concetti di apertura e devoluzione di eredità, abbiamo detto  
in fondo coincidono, ma si fa una questione, se cioè la devo-  
luzione avvenga sempre nello stesso momento in cui avvie-  
ne la apertura della eredità oppure no. Alcuni dicono che  
sempre la devoluzione ha luogo nello stesso momento in cui  
ha luogo l'apertura; altri invece notano che questa è u-  
na regola generale, ma può in molti casi avvenire il  
contrario. potendo accadere che la devoluzione non si avve-  
ni nello stesso tempo dell'apertura dell'eredità. Esempio: È  
morto un tale che ha lasciato erede un figlio sotto con-  
dizione sospensiva. La condizione si avvera molto tempo dopo  
la morte, sicché ne segue che solo quando si avvera la con-  
dizione, cioè in tempo posteriore all'apertura si può dire  
che la devoluzione abbia luogo, cioè abbia luogo l'attribuzio-  
ne del diritto successorio. Quindi c'è distacco tra il tem-



po dell'apertura ed il tempo della devoluzione. Altro caso: bi-  
 nio lascia dei figli senza far testamento. I figli sarebbero i soli  
 eredi; però essi rinunziano alla eredità, e si rinunziano quattro  
 cinque, sei anni dopo l'apertura della successione. Allora che  
 accade? Per legge in luogo dei rinunzianti, succedono i paren-  
 ti di grado ulteriore, mettiamo se siano parenti di terzo o qua-  
 to grado. Ora in qual tempo si avverrà la devoluzione della  
 eredità rispetto a coloro che succedono in luogo dei rinunzia-  
 ti? Molto tempo dopo dell'apertura e precisamente quando  
 si avverrà la rinunzia. Ecco, si dice, come non si può soste-  
 nere che sempre coincida il tempo dell'apertura dell'eredità  
 col tempo della devoluzione. Altri dicono: no, questa opinione  
 è sbagliata, perchè anche quando la devoluzione apparente-  
 mente ha luogo in tempo posteriore all'apertura, siccome chi  
 acquista l'eredità si reputa averla acquistata fin dal momen-  
 to in cui ha avuto luogo la morte del de cuius, ecco come  
 la devoluzione anche a favore di coloro in rispetto ai quali  
 è stata posta una condizione o che si succedano per la ri-  
 nunzia dei primi chiamati, ha luogo nel tempo stesso del-  
 l'apertura: altrimenti pensando, si verrebbe ad ammettere  
 l'assurdo che alcuno possa essere reputato erede per quel  
 tempo in cui non aveva ancora il diritto di essere, man-  
 cando la devoluzione. Talchè, si deve ritenere che la de-  
 voluzione si avveri sempre nel tempo stesso dell'apertura,  
 sebbene non sempre in modo definitivo, ma spesso, come  
 negli esempi indicati, sotto condizione sospensiva. Questa è,  
 secondo noi questione binantina, perchè o si ritiene che  
 la devoluzione ha sempre luogo nel tempo stesso dell'ap-  
 erta.



tura dell' eredità, oppure si ritiene che ha luogo nel tempo posteriore all' apertura, le conseguenze pratiche rimangono invariate. L' erede sarà sempre erede fin dal momento della morte di colui al quale succede. Non solo, ma, ciò che è più, per determinare la capacità a succedere, bisogna aver sempre riguardo al tempo dell' apertura, anche se si ritiene che la devoluzione avvenga dopo, come nel caso di rinunzia dei primi chiamati.

In che tempo s' avvera l' apertura dell' eredità e in che luogo? L' apertura dell' eredità si avvera nel tempo della morte di una persona, e nel luogo stesso dell' ultimo domicilio del defunto. Questo è detto espressamente nell' art° 923 del Cod. Civ. Badate che per ultimo domicilio del defunto non deve intendersi il domicilio di fatto, ma il domicilio iuris, cioè il domicilio nel senso tecnico, la sede legale di una persona, cioè quel luogo in cui uno abbia tutti i suoi rapporti giuridici o la somma dei rapporti giuridici; nei casi ordinari, o nel luogo in cui il defunto aveva il domicilio necessario, se si tratta di successione di un minore non emancipato, di interdetto, di donna maritata, cioè nel domicilio del genitore che esercitava la patria potestà, del tutore o del marito, e sotto le varie ipotesi (art° 18 C.C.) Quindi benissimo può darsi che una persona abbia avuto la residenza oppure la dimora in luogo diverso dal domicilio, eppure, anche quando sia morto nella residenza o nel luogo della dimora, l' apertura dell' eredità non avviene nel luogo dove la morte è seguita, ma nel luogo dell' ultimo domicilio. Questo è il criterio accolto dalla legge nell' articolo 923 ed applicato dal



codice di procedura civile nell'art° 94 per il quale la maggior parte delle azioni le quali si riferiscono alla successione debbono sperimentarsi davanti al magistrato dell'ultimo domicilio del defunto, perchè quello è il luogo in cui si apre la successione. (Intorno a quest'articolo sono sorte gravi questioni specialmente per quello che riguarda lo straniero. Non mi intratterò su di esse.)

Quali sono i presupposti dell'apertura e della devoluzione di eredità? Sono tre: 1° Morte di una persona; 2° Esistenza di un'altra persona chiamata a succedere; 3° Vocazione ereditaria.

Incominciamo dal primo presupposto, cioè dal requisito della morte di una persona. Diritto è bene ricordare che la persona che muore si chiama comunemente de cuius, frase Carbara introdotta in tempi medioevali e che costituisce una proposizione ellittica equivalente a « is de cuius hereditate agitur ». A questa frase se ne può sostituire un'altra, come per es: la parola autore della successione, defunto.

Il diritto romano oltre la morte richiedeva un altro requisito; in quanto la persona morta doveva essere capace di avere eredi. Non con la morte di ciascuna persona si apriva l'eredità ma solo con la morte di quelle persone capaci di avere eredi sia legittimi che testamentari. Quando moriva uno schiavo, non aveva luogo l'apertura della successione, come pure non dava luogo ad apertura di successione la morte dello straniero e del condannato a certe pene. A queste incapacità, nel medio evo se ne aggiungeva un'altra quella derivante dai voti monastici. Nel



diritto nostro non si trovano queste limitazioni; basta che una persona muoia, perchè si apra la successione, perchè ognuno è capace di avere eredi: anche il condannato all'ergastolo è capace di avere eredi, non può avere eredi testamentari o soltanto, ma può avere eredi legittimi. Insomma per il nostro diritto tutti quelli che muoiono, sono capaci di successione passiva.

Essendo la morte un presupposto dell'apertura della successione bisogna che sia provata da chi pretende dei diritti successori, perchè la morte appunto è quel fatto giuridico da cui derivano tutti i diritti successori e per principio generale chiunque pretende un diritto deve provarne il fondamento.

Come si deve fare la prova della morte? Si può fare co gli estratti dai registri dello Stato Civile, o quando tali registri mancano perchè distrutti o per altra ragione, la prova si potrà fare in qualsiasi modo, anche con testi, monianza, con perizia medica, ecc. La questione importante rispetto alla prova sorge, quando più persone di cui l'una è chiamata alla successione dell'altra, siano morte a causa dello stesso infelice; come un terremoto, incendio, ecc; oppure nello stesso giorno; ma dai registri dello stato civile non risulti l'ora della morte. In tali casi gli eredi della persona che aveva diritto alla successione dell'altra hanno interesse a dimostrare che il loro autore è morto dopo, perchè facendo questa dimostrazione vengono a provare che i diritti successori di quella persona sono passati al loro autore e quindi sono passati per consequen



na a loro. Molte volte però la prova della premorienza è perfettamente inutile come nel caso che due persone chiamate a succedere tra loro abbiano lo stesso ed unico erede: univoco padre e madre nello stesso infortunio, i figli hanno forse interesse di provare che la madre è morta prima del padre o viceversa? No perchè sempre loro sono gli eredi. Ma suppongasì un altro caso: sono morti nello stesso infortunio la madre e il figlio unico, in modo che resta il padre e marito rispettivo, più i parenti della donna morta. Se muore prima la madre e poi il figlio, tutta la eredità della madre è passata al figlio e quindi al padre. Il coniuge superstite in tal caso ha diritto ad avere tutto il patrimonio. Invece se il figlio è morto prima della madre, evidentemente il patrimonio della madre non è passato al figlio e quindi il coniuge superstite potrà pretendere la quota che gli spetta per legge, in tale qualità, non già l'intero patrimonio come nel primo caso, perchè insieme con lui avrà diritto all'eredità i parenti della moglie, posto che siano non al di là del 6° grado. Su questo e in simili casi sorge l'interesse di provare chi dei due è morto prima. Come si fa questa prova? Si può fare con tutti i mezzi: se ci sono testimoni che hanno visto chi dei due è morto prima, basterà la prova testimoniale, altrimenti si può ricorrere anche alla perizia medica. Ma che si dovrà ritenere quando mezzi di prova conclusivi manchino addirittura? Il diritto romano stabilì una presunzione. Mentre in generale si ritenne che non facendosi la



nona niente si poteva concludere in favore di chi fondas-  
se il suo diritto sulla premorienza di una persona ad una  
altra, si fece eccezione pel caso del padre e del figlio mor-  
ti contemporaneamente e nello stesso infortunio. Se il fi-  
glio era impubere, si presumeva che il padre fosse morto  
dopo il figlio, perché il figlio impubere avendo un'età più  
tenera, un organismo più delicato, non essendo abituato ai  
mali come il genitore, si può pensare che abbia resistito  
meno alla morte. Invece se il figlio era pubere si pre-  
sumeva il contrario, perché il figlio pubere nel rigore delle  
sue forze, ha maggiore energia, maggiore resistenza ai mali  
che un uomo adulto vicino alla vecchiaia. Questa sola  
presunzione ammise il diritto romano. Nel Medio Evo  
i pratici ne aggiunsero molte altre e parecchie ne ha  
anche il codice francese. Il nostro codice ha tagliato cor-  
to, non ammette presunzioni di sorta intorno alla com-  
morienza: se due o più persone di cui l'una è chiama-  
ta alla successione dell'altra, muoiono contempora-  
nemente di modo che non si possa dare la prova che u-  
no sia morto prima dell'altro, la legge dice si presu-  
me che siano morti tutti e due nello stesso momen-  
to. Quindi chi vanta un diritto basandosi sulla pre-  
morienza di una di queste due persone, non può  
conseguire il diritto perché non adduce alcuna prova.  
Cio è sancito nello art° 924 C.C. Esaminiamo questo ar-  
ticolo, che dà luogo a qualche quistione. Prima di tut-  
to bisogna notare che l'art° fa l'ipotesi di due o  
più persone ciascuna delle quali ha diritto alla



successione dell'altra come nel caso del padre e del figlio; il padre ha diritto alla successione del figlio e viceversa. Lo stesso avviene nel caso del marito e della moglie in quanto ciascuno di questi ha diritto alla successione dell'altra. Quindi, ripeto, il codice fa il caso di persone chiamate reciprocamente a succedersi. Ma cosa deve dirsi nel caso in cui muoiono contemporaneamente persone che non siano chiamate reciprocamente a succedersi, ma soltanto una è chiamata a succedere all'altra? Il caso più comune è quello di successione testamentaria. Virio ha istituito Caio erede. Virio testatore e Caio erede muoiono contemporaneamente: si applica o no l'art° 924? La lettera della legge pare che escluda questa ipotesi perchè Virio e Caio non sono chiamati reciprocamente a succedersi, in quanto il testatore non ha diritto a succedere all'erede istituito. Il Laurent volle perciò sostenere che la disposizione sancita nell'articolo 924 non si applica al caso della successione testamentaria. Ma, secondo noi, tale opinione è errata, specie secondo il nostro diritto, per queste ragioni: anzitutto il nostro codice a differenza del codice Napoleone, non mette quella disposizione solo in riguardo alla successione legittima, ma sotto la rubrica delle disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie. Se l'articolo 924 occupa questo posto, deve potersi applicare anche alla successione testamentaria. Ora nella successione testamentaria si verifica appunto il caso che due persone non sono chiamate a succedersi recipro-



camente, ma soltanto una ha diritto alla successione dell'altro. Inoltre una seconda ragione è questa. Il Laurent dice: nell'art<sup>o</sup> 924 si presume che due persone siano morte contemporaneamente, ancorchè effettivamente ciò non sia accaduto: or bene se le presunzioni hanno valore di disposizioni eccezionali e quindi non possono estendersi per analogia dal caso contemplato a quello non contemplato; e d'altra parte il codice all'art<sup>o</sup> 924 prevede solo il caso che muoiano più persone chiamate reciprocamente a succedersi, e non contempla l'altro caso; evidentemente gli interpreti nell'estendere quello articolo al caso non contemplato commettono un grave errore. Ma noi diciamo, che il nostro codice non segua una vera presunzione in quest'articolo: vi sono le parvenze della presunzione, ma non v'è la sostanza. Infatti che fa il nostro codice quando dice che si presume la morte contemporanea, forse fa un'eccezione ai principj generali del sistema probatorio? Se così fosse, si sarebbe veramente una presunzione, perchè la presunzione è quella disposizione che fa eccezione ai principj generali intorno all'ordine della prova. Invece il nostro codice: fa un'applicazione pura e semplice del principio generale del sistema probatorio, principio che si può formulare così: « Chiunque non prova il fondamento del suo diritto non riesce vincitore, e come se non avesse il diritto ». È la stessa cosa nel campo giuridico non avere diritti, od avendoli non poterli provare. Se la legge dice: chi pretende il diritto di successio-



ne, bisogna che provi la premorienza di una persona sull'altra, qualora questa prova non riesca, non si ha il diritto. Ciò posto è evidente come quest'art° si debba estendere al caso di successione testamentaria, non solo, ma si debba anche applicare ai casi in cui non si tratti di diritto di successione, cioè a tutti quei casi in cui una persona pretende un diritto che dipende dalla premorienza d'una persona ad un'altra. Così, per es. supponiamo che una persona abbia donato qualche cosa colla condizione della reversibilità, nel caso che egli sopravviva al donatario. Donante e donatario muoiono nello stesso infatunio; non si sa chi sia morto prima. Qui come si vede non si tratta di successione, si tratta di reversibilità della donazione. Gli eredi del donante pretendono di avere ereditato anche la cosa donata, ma per far valere questo lor diritto debbono provare la premorienza del donatario al donante. Non riuscendo in questa prova l'art° 924 avrà anche qui applicazione, e ciò perchè esso costituisce un principio di ordine generale.

Passiamo ad un'altra osservazione sull'art° 924. Comunemente gli autori, quando spiegano la teoria della commorienza, prendono l'ipotesi dell'infatunio. Ora bisogna ricordare che l'ipotesi dell'infatunio è la più ordinaria - id quod plerumque accidit - ma possono darsi altri casi. Due persone che si trovano una in America e l'altra in Italia, muoiono serenamente nei propri letti, o per una combinazione strana muoiono nello stesso giorno. Se dai registri dello stato civile Italiano e da quelli dello stato Americano, risulta l'ora e il minuto in cui sono morte, dalla diversità delle indicazioni si potrà vedere chi è morto prima. Supponiamo che nei registri



dello stato civile Americano non risulti altro che il giorno della morte, e non risulti l'ora, si potrà produrre la prova testimoniale, e ricorrere a tutti i mezzi di prova per stabilire la premorienza dell'uno sull'altro; ma se la prova della premorienza non possa farsi, anche allora si applicherà la disposizione dell'art° 324. La nostra legge, a differenza delle leggi anteriori non parla di morte per lo stesso infortunio; non c'è bisogno che si verifici questa circostanza, perché si applichi il principio dell'art° 324. Abbiamo detto che la nostra legge rispetto alla comunione non mette alcuna presunzione; ma si è fatta questione fra gli autori se quelle che anticamente erano presunzioni di diritto, derivate dal sesso, dall'età, ecc, possono valere, da noi, almeno come presunzione di fatto. Sono morti insieme il padre e il figlio in tenera età; si domanda: si può presumere in via di fatto, non già per presunzione di diritto, che il bambino come più debole sia morto prima? Alcuni hanno detto sì, altri no; ma tanto gli uni che gli altri sono in errore. Quelle che prima erano presunzioni di diritto non possono valere sic et simpliciter come presunzioni di fatto; d'altra parte non può dirsi che quelle presumptiones juris non debbano avere oggi, nemmeno in via di fatto, qualsiasi valore; dacché la prova della premorienza si può dare con qualsiasi mezzo, uno dei mezzi di prova è dato certamente anche dalle presunzioni di fatto. Quando il giudice si convince argomentando da un cumulo di circostanze tra le quali la tenera età, l'organismo debole del bambino, ch'esso sia morto prima del padre, nessuno può dire ch'egli abbia giudicato male. La debolezza dell'età è un fatto non del tutto trascurabile sebbene da se solo non basti, onde se a questa circostanza





se altri amminicoli di fatto si aggiungano, essa può essere presa in considerazione ed indurre il magistrato a ritenere che il bambino sia morto prima del genitore. Perciò le antiche presunzioni di diritto possono valere come presunzioni di fatto, qualora con esse concorrano altre circostanze. In questo senso e in questi limiti soltanto possono valere come presunzioni di fatto, quelle che prima erano presunzioni di diritto, cioè quando concorrano gli estremi di legge per avere una presunzione di fatto. Così per es. pongasi che sia avvenuto un incendio in una casa, per il quale sono morti gli abitanti di essa, l'incendio è cominciato da una certa stanza mentre i morti si trovano uoi a dormire in stanze diverse, è naturale che si presuma che siano morti prima quelli che si trovavano nella stanza in cui è incominciato lo incendio. Non è escluso adunque l'esame delle circostanze di fatto purché gravi, precise e concludenti, tali da potere il magistrato derivarne la sua convinzione.

Abbiamo detto essere necessaria la morte di una persona per, che si abbia l'apertura della eredità: abbiamo detto che è necessaria la prova della morte e abbiamo esaminato il caso della comunione; ma molte volte è dubbio se una persona esista oppure no. Come si fa in questa ipotesi? Può aver luogo o no l'apertura della eredità? Nel diritto comune si ammisero delle presunzioni di morte, cosicchè per es. se alcuno fosse arrivato all'età di cento anni e non se ne avesse più notizia, si presumesse morto e si potesse aprire l'eredità. Nel diritto nostro non c'è alcuna presunzione di morte; solo c'è l'istituto dell'assenza distinto in vari periodi. Ora l'assenza per il nostro codice non produce mai vera, piena completa pr



presunzione di morte; tanto è vero che se anche siano passati cento anni dal giorno della nascita di una persona, di cui non si sa più notizia, e sopravviva ancora l'altro coniuge, costui non può passare a seconde nozze ancorchè dimostri che suo marito ha già compiuto l'età di cento anni e che da parecchi anni non ha dato notizie di sé. La presunzione di morte non si ha non solo quando dopo la dichiarazione di assenza si verifica l'immissione nel possesso temporaneo dei beni, ma neanche nel caso d'immissione nel possesso definitivo. Si può dire perciò che mancando la presunzione di morte (che invece c'è nel codice germanico) non si apre la successione? Se esaminiamo l'art. 37 del Cod. Civ. vediamo che quando l'assente è stata dichiarata, ed ha luogo l'immissione nel possesso definitivo si apre una vera e propria successione: se non si trovano queste parole nella legge, c'è la sostanza. Infatti che cosa è l'immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente? Coloro i quali sono presunti eredi dell'assente; coloro che sono i legatari, se vi è testamento, possono dopo un certo tempo di possesso temporaneo domandare la immissione nel possesso definitivo; e l'immissione nel possesso definitivo porta a questa conseguenza che non solo godono di tutti i frutti a titolo di eredi, ma possono disporre dei beni come assoluti padroni. Sebbene la legge non dica che si apre la successione, pure attribuisce gli stessi diritti e gli stessi obblighi come se si trattasse di veri e propri eredi. Se si vuole stare non alle parole e fermarsi alla cortecia delle cose, ma riguardare la sostanza di esse, dobbiamo dire che quando c'è l'immissione nel possesso definitivo dei beni dello assente, c'è una vera e propria



apertura di successione. Cosicchè mentre vige il principio generale che l'assente anche dopo la dichiarazione di assenza non si può presumere mai morto, a questa regola si fa eccezione per l'apertura della successione e ciò per necessità pratica. Soltanto una differenza c'è tra la successione quando la morte sia provata e quella che s'avvera quando c'è la dichiarazione di assenza e l'immessione nel possesso definitivo: se la morte è provata, chi è erede in perpetuo; invece gli eredi che sono tali in base alla immessione nel possesso definitivo dei beni dell'assente, sono eredi sì, ma eredi revocabili, il loro diritto è revocabile *ex nunc* perchè la stessa legge dice che se anche sia avvenuto l'immessione nel possesso definitivo, e lo assente ricompare o si ha notizia di lui, costui riprende i beni nello stato in cui si trovano. Notevole che se l'assente ricompare, non ha diritto alla restituzione dei beni come erano al tempo della sua scomparsa o al tempo in cui i presunti eredi si sono immessi nel possesso definitivo, ma ha diritto alla restituzione dei beni così come li trova al suo ritorno. Cosicchè se i beni sono stati distrutti, non ha diritto a pretendere niente, se sono stati venduti non ha diritto che al prezzo che ne resta. Ecco come la successione in questo caso importa un diritto che è *resolubile ex nunc non ex tunc* (art.º 39 cod. civ.)

Possiamo concludere che l'apertura della successione ha luogo non solo alla morte di una persona, ma anche se ci sia l'assenza dichiarata quando abbia avuto luogo l'immessione nel possesso definitivo. l'unico particolare è che ritornando l'assente i diritti dei legatari o degli eredi vengono a risolversi *ex nunc*.



Abbiamo parlato della morte di una persona come primo requisito per l'apertura dell'eredità. Ma le persone non sono soltanto fisiche, vi sono anche delle persone cosiddette giuridiche. Ora anche una persona giuridica può estinguersi: muoiono le città, muoiono i regni, dice Tommaso Vasso. Sebbene le persone giuridiche non muoiano come gli individui, pure hanno i loro modi di estinzione e la loro personalità giuridica finisce. Ora quando finisce una persona giuridica, si apre o no la successione? Alcuni dicono: il concetto di successione è estraneo alle persone giuridiche, perché, dicono costoro, la persona giuridica non può fare testamento e quindi non si può parlare di successione testamentaria; non ha famiglia e quindi non si può parlare di successione legittima. Non potendo aver luogo né successione legittima, né successione testamentaria quando si estingue una persona giuridica, non si può parlare di apertura di successione. Queste ragioni sono errate. La persona giuridica non può fare testamento; ed in ciò siamo d'accordo, in quanto la persona giuridica non può andare innanzi al notaio e dire: se domani muoio lascio tanto mio erede. Ma se non si può fare testamento, può fare qualche cosa che è analoga e che ha lo stesso valore. Persone giuridiche sono: corporazioni e fondazioni. Supponiamo che nello atto costitutivo d'una corporazione o nelle tavole di fondazione sia espressamente detto: qualora questo ente che ora sorge, venisse ad essere soppresso o ad estinguersi per ragione qualunqua, il patrimonio vada a beneficio di tale istituto o di tali persone fisiche. In questo caso abbiamo una dichiarazione di volontà di ciò che una persona giuridica vuole che avvenga del suo patrimonio dopo la sua estin-



stinzione. Se una persona giuridica ha uno statuto così fatto, ha un atto di fondazione di questo genere, bisogna rispettare ciò che è detto nell'atto costitutivo o nelle tavole di fondazione, e molte volte le leggi italiane hanno rispettato tale volontà anche per istituti ecclesiastici, i cui beni perciò sono passati talora a dei privati cittadini, essendo stato nelle tavole di fondazione designato un privato in favore del quale dovesse aver luogo la successione. Perciò può aversi benissimo una successione che se non si vuole dire testamentaria, è certamente ad essa analogo. Si dice ancora, che non c'è successione legittima, perchè la persona giuridica non ha famiglia. Ma successione legittima non ha solo luogo quando c'è famiglia, ma anche quando una persona non lascia alcuna parente; è il caso di successione legittima quella dello stato che succede ad individui che non hanno parenti. Se una persona giuridica s'estingue senza che nell'atto costitutivo, nelle tavole di fondazione nulla sia stabilito, il patrimonio è devoluto allo stato conformemente all'opinione comune (che però io non accolgo interamente). Del resto anche nella legge italiana si trovano casi di successione legittima a persone giuridiche, come appunto si è verificato nel caso della soppressione di enti religiosi, per i quali la legge stessa ha designato il successore e precisamente il Fondo per il Culto. Ecco un caso di successione legittima. Perciò per l'estinzione di una persona giuridica può aver luogo una successione o per forma di legge o per volontà espressa dallo stesso fondatore; e queste successioni possono chiamarsi legittime e testamentarie. Ciò posto, la successione che ha luogo rispetto ad una persona giuridica



ridica ha tutti i caratteri della successione alla persona fisica?  
 Il patrimonio che passa dalla persona giuridica estinta,  
 ad altro ente od a individui, passa nello stesso modo dell'e-  
 redità di una persona fisica; cioè, in altre parole, il suc-  
 cessore della persona giuridica è tenuto ultra vires heredi-  
 taries a pagare i debiti? Se volessimo essere pedanti e segui-  
 re la lettera della legge, dovremmo dire, che se i succes-  
 sore, esso deve averne tutti i caratteri, e quindi dovrem-  
 mo ritenere che il successore della persona giuridica ri-  
 sponde di tutti i pesi inerenti all'eredità, di tutti i  
 debiti, anche ultra vires. Ma il principio della responsa-  
 bilità illimitata è del tutto eccezionale, che ha ragione es-  
 senzialmente storica; è un principio aberrante della coscien-  
 za giuridica moderna; tanto che gli stessi codici che lo am-  
 misero crearono degli istituti per limitarne la efficacia. Es-  
 sendo un principio di natura eminentemente eccezionale,  
 deve perciò restringersi al solo caso contemplato dalla leg-  
 ge, che è quello della successione a persona fisica; e per-  
 ciò riteniamo che il successore di una persona giuridi-  
 ca non sia mai tenuto a pagare i debiti ultra vires.  
 In un solo caso questo concetto non è applicabile, nel ca-  
 so di successione di Stato a Stato. Molti Stati periscono  
 o per conquista o per fusione, o per ammissione, ecc; lo Sta-  
 to che subentra all'estinto è successore non solo nella  
 sovranità politica, ma anche nella personalità giuridica, e  
 quindi anche nei diritti e negli obblighi patrimoniali.  
 Però per principio universalmente ammesso dai pubblici-  
 sti lo Stato che succede a quello estinto e che sorge



sulle rovine dell'altro, è responsabile dei debiti assunti verso i privati, anche se non trova niente nello attivo dello stato estinto. Se dovessimo applicare il concetto esposto dianzi, dovremmo dire che lo stato che succede è tenuto al pagamento dei debiti, ma non ultra vires; invece prevale l'opinione contraria rispetto allo Stato, in base non ad un principio di puro diritto privato, ma ad un principio di diritto pubblico che vien detto il principio della "continuità dello Stato,, cioè lo Stato che sorge sulle rovine di un altro non è una persona giuridica diversa, ma è la stessa, in quanto la base, il fondamento dello Stato nuovo è del vecchio è identica, lo stesso popolo: ciò che è mutato è solo la forma di governo, il rappresentante, la persona del governante. Da questo principio discende la conseguenza che siccome si ritiene che lo Stato non si estingue il successore deve rispondere ultra vires. Tale cosa è utilissima per i cittadini, altrimenti il debito pubblico assunto da uno Stato estinto sarebbe ad essere facilmente disconosciuto.

---



## Lezione III<sup>a</sup>

### Sommario

Secondo requisito della successione: esistenza del successore. a) Incapacità per mancanza di personalità fisica. b) Premortuaria del successibile. Censura sul diritto di rappresentazione. c) Assenza.

Il secondo presupposto della successione è che esista una persona capace di succedere. Questo requisito manca in tre casi: 1°) quando la persona che dovrebbe succedere non sia ancora venuta all' esistenza; 2°) quando la persona chiamata a succedere sia venuta sì all' esistenza ma sia premorta al de cuius; 3°) manca infine, quando la persona che dovrebbe succedere non è premorta, nè si può dire sopravvissuta perchè si ignora se esista o no, in quanto è assente. Si parla in questi casi di incapacità di succedere: chi non esiste o perchè la sua esistenza non è ancora incominciata o perchè la sua esistenza è finita prima della morte del de cuius, o perchè assente, si dice incapace di succedere. Però il nostro codice parla di incapacità di succedere espressamente solo in riguardo delle persone la cui esistenza non è ancora incominciata nell' art<sup>o</sup> 724; da altri articoli si rileva indirettamente la incapacità riguardo alle persone che sono premorte (art<sup>o</sup> 890 in fine) e riguardo allo assente (art<sup>o</sup> 43).

Incominciamo dal caso della persona la cui esistenza non è ancora incominciata al momento della morte del de cuius.



(Art.º 724 Cod. Civ.) Perché una persona si dica esistere al momento dell'apertura della successione e quindi essere capace a succedere, è necessario per lo meno che si trovi in istato di concepimento. È vero che per principio generale solo chi viva extra uterina è persona umana; pure la nostra legge seguendo gli antichi principi tradizionali, mette il feto nella stessa condizione giuridica del nato, nella speranza che il feto venga un giorno ad essere uomo. Quando è che una persona deve ritenersi concepita al tempo della morte del de cuius? Se una persona nasce sei mesi dopo, sette, otto mesi dopo la morte del de cuius, e si tratti di parto maturo senza dubbio si può ritenere che nel tempo della morte del de cuius fosse concepita, e quindi sarà capace di succedere. Ma poniamo il caso che questo successibile sia nato nel trentesimo giorno dopo la morte del de cuius. Si domanda: questa persona può ritenersi essere già concepita alla morte del de cuius e quindi avere diritto alla successione? Per spiegare come sia nato questo dubbio, bisogna ricordare che esiste l'art.º 160, il quale pone delle presunzioni riguardanti appunto l'epoca del concepimento. Se un padre di famiglia morendo lascia la moglie e dei figli, oppure lascia la moglie senza figli e dieci mesi giusti dopo la morte di lui la vedova partorisce, il figlio della vedova deve considerarsi come il figlio del marito defunto, perché la legge parte dal presupposto che una gestazione possa durare anche dieci mesi, si avrà un parto troppo maturo, tardivo, ma si dovrà attribuire sempre all'opera del defunto. Data questa presunzione che vale per decidere la questione



della legittimità dei figli; essa può valere anche quando si tratta di stabilire se al tempo della morte di una persona il successibile era o no concepito? Bisogna distinguere i vari casi. Nel caso che la questione della successione è intimamente connessa a quella della legittimità, nessun dubbio che l'art° 160 si debba applicare. Supponiamo che si tratti della successione d'un figlio al padre. il padre è morto il 5 gennaio 1905, il figlio è nato il 30 ottobre 1905, è nato cioè prima che siano passati 300 giorni dalla morte del padre, in base all'art° 160 il bambino deve ritenersi figlio del morto e perciò anche suo erede; perché sappiamo che i figli sono gli eredi legittimi del padre e se anche il padre ha fatto testamento, i figli hanno la quota di riserva, in loro favore. Per me non c'è dubbio, qualora alla questione della legittimità sia connessa quella della successione; siccome la legge fissa il tempo in cui si deve ritenere che il nato sia figlio del defunto, questa presunzione vale anche per decidere la questione della successione. Il Laurent invece contesta questa opinione e sostiene che l'art° 160 riguarda la legittimità della filiazione non i diritti che si possono acquistare per successione. La legge per impedire lo scandalo, per non fare indagare se la vedova abbia avuto o no degli amplessi illeciti dopo la morte del marito, stabilisce quella presunzione che ha perciò a fondamento un interesse d'ordine pubblico. Ma nella successione si tratta di interesse d'ordine privato e quindi, secondo il Laurent, la presunzione non ha ragione di essere. Questo concetto è assurdo, perché così si viene a negare tutte le conseguenze che non



si possono negare. Dal momento che la legge dice che il figlio legittimo è successore legittimo del padre, dal momento che lo art° 360 dice che chi nasce non più tardi di 300 giorni dopo lo scioglimento del matrimonio è figlio del marito della donna che partorisce, ne viene di conseguenza che a questo figlio legittimo bisogna accordare il diritto alla successione, essendo un diritto inerente alla qualità di figlio legittimo. Invece la difficoltà vera non nasce quando la questione della successione è consequenziale alla questione della legittimità; nasce in altri casi quando non ci sia questo nesso logico, questa connessione necessaria tra la questione della successione e quella della legittimità. Bisogna muovere la sciando padre, madre e due fratelli, senza testamento. Per legge, quando una persona muore senza discendenti e senza testamento, succedono il padre e la madre insieme ai fratelli e alle sorelle. Dieci mesi dopo la morte del de cuius la madre di costui dà alla luce un altro figlio. Questo fratello postumo, ha diritto anch'egli a partecipare alla successione del fratello morto dieci mesi prima? Allora sorge la questione. L'art° 360 che ritiene essere figlio legittimo colui che è nato non dopo 300 giorni dalla morte di una persona è applicabile anche in questo caso? Cioè il fratello nato non dopo i 300 giorni deve ritenersi come concepito al tempo della morte del de cuius, e quindi deve ritenersi che abbia la capacità a succedere ad esso? Non si può, secondo noi, applicare la presunzione dell'art° 360, appunto perchè essa riguarda solo la questione della legittimità ed è posta per



impedire la prova intorno alla legittimità di un figlio. Su-  
vece quando un fratello nasce in un tempo tale da non  
potersi dire senza dubbio che era già concepito al tempo  
della morte del fratello, evidentemente la presunzione non  
si deve applicare, perché verremmo ad allargare i limiti di  
essa, verremmo ad applicare una presunzione che si riferisce  
ai casi di legittimità ai casi in cui la legittimità non  
c'entra. Qui non si fa questione se il nato sia figlio o  
pur no dei genitori del morto; ma si tratta di vedere se  
questo figlio era o no concepito al tempo della morte del  
de cuius. Ora per tale scopo la presunzione non giova: ma  
dovrà esaminarsi in fatto se si possa ritenere, che non ostan-  
te la tardività del parto, il nato debba ritenersi concepito  
al tempo della morte del de cuius. Sicché se la pro-  
va non ci sono, questo fratello, non potrà partecipare alla  
successione del fratello premorto, perché non può dirsi con-  
cepito al tempo della morte di costui. Questa è la opinione  
dominante e giustissima.

L'altra questione importante si ha nel caso in cui vi  
sia un concepito non ancora nato: un padre di famiglia  
lascia dei figli e la moglie incinta - oppure una persona  
lascia il padre, la madre, dei fratelli, ma la madre in-  
cinta. Il concepito ha diritto alla successione; onde gli  
altri coeredi nel dividersi l'eredità debbano averne riguar-  
do, riservando una porzione di eredità. Allora sorge la que-  
stione: quante porzioni bisogna riservare? Mentre la donna  
è in istato di gestazione, non si può sapere se il nasci-  
turo sia un solo o siano più, e quindi se debbano i coe-



redi lasciare una sola o più porzioni. V'ha chi in base ad alcuni frammenti romani crede che bisogna lasciare tre porzioni, perchè è possibile il parto trigenino, altri sostengono invece che bisogna lasciare due sole porzioni. Ora, l'idea quod plerumque accidit è che nasce un solo per ogni parto, quindi bisogna riservare una sola porzione. Se nascessero due invece di uno, allora si farebbe la riduzione delle quote assegnate agli altri. Questa riduzione ci sembra più equa, e più consona ai principi; quella accolta nei frammenti romani è poco giusta, in quanto il caso del parto trigenino è possibile, ma non probabile, e noi dobbiamo attenerci a ciò che probabilmente avverrà, e a ciò che ordinariamente suole avvenire. Non basta che una persona sia concepita al tempo della morte del de cuius perchè sia capace a succedere occorre che vi sia la nascita, la vita e la vitalità. Se il concepito muore in seno della madre, in nome di costui non si può pretendere diritto alcuno di successione. Il nato morto si considera come non mai concepito. Può avvenire ancora, che il feto nasca vivo ma non vitale, ed anche in questo caso non si ha capacità a succedere. Mentre il diritto romano e molti codici moderni come il germanico, non richiedono il requisito della vitalità per l'esistenza della persona; nel codice nostro si esige non solo che il feto nasca, e che nasca vivo, ma che abbia anche l'attitudine a vivere, cioè che abbia vitalità. La vitalità mancherà, se secondo il concetto predominante nella scienza medico-legale, non solo quando il parto sia immaturo, ma an-



che quando il parto, pur essendo maturo, difetti degli organi necessari alla vita. (Di questo proposito debbo dire che c'è questione tra i giuristi se la vitalità manchi nel solo caso del parto immaturo o in tutt'e due i casi del parto immaturo e della mancanza di quegli organi che sono necessari alla vita. Noi accogliamo la soluzione eclettica). Non bisogna però confondere la vitalità con una qualche malattia, sia pure grave, che il bambino abbia nella nascita, anche se questa malattia effettivamente cagioni la morte pochi momenti dopo la nascita. Ciò non ostante, il bambino deve ritenersi vitale. Chi deve provare queste condizioni, perchè si possa pretendere diritto alla successione? La nascita e la vita debbano provarsi dalla persona che pretende diritto alla successione in nome del bambino nato. Chi ha provato questi requisiti non deve provare altro.

Il codice dice: la vitalità si presume, quindi l'avversario, edui cioè, che vuole sostenere che chi pretende diritto alla successione lo pretende a torto, deve provare che il bambino in cui nome si reclama il diritto successorio, sebbene nato vivo, non era vitale. Quindi il codice nostro risolve una questione che è insoluta pel diritto francese e la risolve giustamente, perchè ciò che avviene generalmente è che chi nasce vivo, nasce ordinariamente vitale, cioè con l'attitudine organica a vivere. Così abbiamo parlato brevemente del primo caso d'incapacità: cioè è necessario che la persona per avere diritto alla successione sia almeno concepito nel momento della morte del de cuius. Perchè? Alcuni, anzi, quasi



tutti gli autori, dicono che ciò è cosa del tutto naturale, del tutto ovvia, perché non può concepirsi trasmissione di diritto da una persona ad un'altra se la persona alla quale i diritti debbono essere trasmessi non esiste. A prima vista pare che questo sia un concetto logico. Però il principio che il successore debba esistere almeno in istato embrionale al tempo della morte del *de cuius* è principio del tutto storico, che ha il suo fondamento nella storia, non già in ragioni d'ordine assoluto. Nel Diritto romano antichissimo per cui l'erede rappresentava la sovranità della famiglia, l'eredità trasmetteva il diritto di sovranità e perciò per necessaria conseguenza occorreva che colui dovesse acquistare i diritti di sovranità esistesse nel momento stesso in cui era morto l'antico sovrano. Ma nello stesso diritto romano, come dice il Fadda, col diritto giustiniano al principio della necessità della esistenza d'un successore almeno in istato embrionale furono fatte molte eccezioni. Infatti secondo il diritto giustiniano, per determinare la capacità del successibile si aveva riguardo non sempre alla morte del *de cuius*, ma molte volte anche al tempo in cui la eredità veniva ad essere devoluta. In caso, per es. di rinunzia dei primi chiamati, Giustiniani chiamava altri successibili che ne erano capaci, non avuto riguardo alla morte del defunto, ma al momento della rinunzia. Cioè si chiamavano gli eredi di grado più prossimo che si trovavano ad essere esistenti al momento della rinunzia. Nel Medio Evo il principio che il successore deve esistere almeno in istato embrionale,



al tempo della morte del defunto, non fu mai applicato in tutto il suo rigore. La giurisprudenza francese, anteriore al codice ammise che uno potesse essere chiamato all'eredità dell'altro ancorché, fosse venuto all'esistenza molto tempo dopo. E che la cosa sia possibile, lo vediamo anche nel diritto nostro. V'è infatti l'art. 764, il quale parlando di disposizioni testamentarie regola un caso di chiamata alla successione di persona non ancora concepita al tempo della morte del defunto. Solo pone dei limiti a questa possibilità, perché il non concepito al tempo della morte del testatore deve essere figlio immediato (non nipote, né pronipote) e figlio di una persona determinata la quale dev'essere vivente al tempo della morte del testatore. Quindi non posso istituire erede il figlio di una persona la quale si trovi soltanto ad essere concepita al tempo della mia morte; ma deve essere figlio immediato d'una persona determinata, non solo ma che deve trovarsi viva, non già semplicemente concepita al tempo della mia morte. Ecco come il principio che il successore deve essere per lo meno concepito al tempo della morte del de cuius è principio che si fonda su ragioni di ordine storico più che su ragioni di ordine razionale. Del resto se domandate quali sarebbero queste ragioni d'ordine logico che costringono a ritenere necessaria l'esistenza del successore al tempo della morte del de cuius, non avete risposta adeguata; alcuni per es. adducono la ragione che il morto impossessa il vivo. Se, essi dicono, vale per il diritto nostro, come per il



diritto consuetudinario francese, se il morto impadronisse il vi-  
 so, ne segue che dovendosi il possesso dei beni trasmet-  
 tersi immediatamente dal defunto allo erede, tale trans-  
 missione sarebbe inconcepibile, se l'erede non esistesse al tem-  
 po della morte del defunto. Questa ragione però, noi osserva-  
 mo, è anacronistica, è una ragione ex post facto; il prin-  
 cipio che il successore debba sussistere è un principio più  
 antico di quella massima; risale all' antichissimo diritto  
 romano quando la massima: il morto impadronisce il vi-  
 so, massima d'origine germanica, non era ancora nata.  
 E d'altra parte come abbiamo ricordato, anche rigendo  
 quella massima nei paesi di diritto consuetudinario fran-  
 cese, non si disconobbe la possibilità di un successore  
 non esistente al tempo della morte del de cuius. Piu-  
 tosto vi sono ragioni d'ordine pratico, ed in queste con-  
 discendiamo. Perché, se la persona del successore non fos-  
 se esistente almeno in istato embrionale, al tempo del-  
 la morte del defunto, avremmo la conseguenza, che  
 per un certo periodo di tempo, forse anche lunghissimo,  
 l'eredità sarebbe giacente, e vi sarebbe perciò incertezza  
 sul soggetto dei diritti, e quindi i beni non avrebbero  
 la loro normale funzione, con danno della pubblica e  
 privata economia. A questo proposito ricordiamo che per  
 essere troppo ligi al concetto che non è possibile un suc-  
 cessore non ancora concepito, gli antichi fecero largo uso  
 del fidecommesso. I fidecommessi ebbero appunto lo scopo  
 di eludere questo principio, perché, non potendo una per-  
 sona istituire erede il proprio nipote per es. o pronipote



o discendente remotissimo non ancora concepito, ricorressa all'espedito del fidecommesso, non lascia i beni ad una persona già esistente coll'obbligo di trasmetterli a quelle altre persone che avrebbe voluto beneficiare direttamente. Perciò il nostro codice, avendo aboliti i fidecommessi, non ha avuto repugnanza a dare uno strappo al principio tradizionale che i non concepiti non possono succedere, disponendo che possono ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore quantunque non siano ancora concepiti. Il principio sancito dal nostro codice produce degli inconvenienti pratici, ma essi non sono punto dissimili da quelli che si avrebbero ammettendo il fidecommesso. Così abbiamo oggi nelle diverse legislazioni due tendenze diverse; alcune legislazioni senza tener conto dei pregiudizi della scuola liberale economica, ammettono il fidecommesso, come in Germania, stabilendo però certi limiti. La nostra invece, ligia ai principi economico-liberali, ha proibito il fidecommesso, ma ha sentito il bisogno d'ammettere la possibilità della istituzione di uno non ancora concepito.

L'altro caso in cui c'è una incapacità a succedere è quello della premorienza al de cuius del successibile. Il successibile è esistito, ha vissuto, ma è premorto al de cuius; evidentemente chi premuore alla persona alla cui successione avrebbe diritto, non può succedere, né in nome suo altri può pretendere i diritti successorii che a lui sarebbero spettati. Questo non è detto nel codice a proposito della successione legittima, ma è detto per la successione testamen-



taria e precisamente all'art. 890. Del resto questa è conseguenza logica di ciò che abbiamo detto altra volta, che per provare che si ha diritto alla successione bisogna provare la premorienza della persona la cui eredità si vuole conseguire. Perciò, quando il successibile è premorto, al de cuius, nessuno può pretendere in nome di lui diritti ereditari, perché la persona premorta al de cuius non avendo acquistato diritti non ha potuto trasmetterli ai suoi eredi. Pure s'è un caso d'apparente eccezione a questo principio, ed è il caso del diritto di rappresentazione. Non posso parlare lungamente di ciò perché farei cosa fuori di luogo, ma per darne un'idea elementare dirò brevemente che cosa sia il diritto di rappresentazione posto dalla legge per ovviare all'inconveniente che deriva dal principio, che se il successibile non sopravvive al de cuius, non trasmette la eredità. Il diritto di rappresentazione è un diritto di sostituzione legale concesso in favore di certe persone che per se stesse non sarebbero chiamate alla successione, ma che prendono il posto di un'altra persona che sarebbe stata chiamata se non fosse premorta (ed anche assente o indegna). Questo è il concetto di rappresentazione. La rappresentazione non vuol dire altro che sostituzione legale, derivante ex lege, di una persona ad un'altra, sostituzione che ha per effetto di far subentrare una persona, che per sé non avrebbe diritto alla successione, in luogo di altra persona che si avrebbe avuto diritto. La parola rappresentario =



ne è erronea, e può indurre in inganno, perchè la rappresentazione nel vero senso della parola ha luogo quando una persona agisce in luogo ed in nome di un'altra persona vivente, quando si esercita un diritto che spetta ad altra persona, invece nel diritto di rappresentazione di cui facciamo cenno questo non avviene, non è possibile in quanto abbiamo in questo caso che una persona subentra al posto di un'altra, ma acquista la successione nomine proprio, ex capite proprio, non già in nome del rappresentato, il quale appunto è uno che per la sua incapacità non potrà trasmettere i diritti successori. Quindi sarebbe meglio questo diritto chiamarlo: diritto di sostituzione legale. Il nostro codice parla della rappresentazione dall'art. 729 all'art. 735, a proposito della successione legittima. Però io ne parlo in questa parte generale appunto perchè il codice stesso nell'art. 890, dopo aver detto che qualunque disposizione testamentaria è senza efficacia se quegli in favore del quale è stata fatta non si sopravvive al testatore, poi aggiunge: «i discendenti però dell'erede o del legatario premorto sotentrano nell'eredità o nel legato nei casi in cui sarebbe ammessa a loro favore la rappresentazione se si trattasse di successione intestata». Ecco dunque come il diritto di rappresentazione o di sostituzione legale è un istituto comune alla successione legittima e testamentaria. Su favore di chi ha luogo questo diritto di sostituzione legale? La sostituzione legale non ha luogo in favore di tutte le persone, ma soltanto in favore di chi di



scenda o dai discendenti o dai fratelli del de cuius. Co-  
 si poniamo la ipotesi che uno non abbia dei figli, non  
 abbia dei fratelli, abbia soltanto un parente in decimo  
 grado. Questo parente muore prima di lui, i figli di que-  
 sto parente possono sostituirsi nel luogo del premorto e di-  
 vogliamo l'eredità per diritto di rappresentazione? No, non  
 lo possiamo dire, perché qui il premorto non era discen-  
 dente del fratello del defunto e quindi in questo caso  
 succederà lo Stato. Altro esempio: Virio in un testamento  
 ha istituito erede il nipote ex fratre. Questo nipote pre-  
 muore a lui. I figli di questo nipote ex fratre del de-  
 funto, possono pretendere diritto alla successione in forza  
 della rappresentazione o sostituzione legale? Non possono,  
 perché il premorto non era il fratello del defunto, ma un  
 figlio di esso. La prima condizione è dunque che la per-  
 sona nel cui posto si sostituisce in forza di sostituzio-  
 ne legale, sia o discendente o fratello o sorella del de cui-  
 us. L'altra condizione poi è che la persona che sostitui-  
 tra a quella incapace sia sempre un discendente di es-  
 sa. Cosicché, posto che al de cuius sia premorto un figlio o  
 un fratello, ma questi non abbia discendenti, ma ascen-  
 denti o collaterali, siffatti eredi non potranno pretendere di  
 far valere il diritto di rappresentazione. Il terzo caso in  
 cui si è incapacità a succedere è quando vi sia l'as-  
 senza. Abbiamo visto che la persona del successore deve es-  
 sistere; ma quando è incerta l'esistenza di una persona,  
 la legge dà luogo all'apertura della successione non in  
 vantaggio dell'assente; ma in favore di quelle persone



che concorrerebbero insieme all'assente se fosse presente ed in mancanza di costui, in favore delle persone che avrebbero diritto a succedere in grado ulteriore. Notate un'altra cosa: abbiamo visto che solo quando l'assente sia dichiarato e la dichiarazione d'assenza si trova nel suo secondo stadio cioè immisione nel possesso definitivo dei beni dello assente, l'assente si considera quasi come morto e si apre la successione; invece nulla di tutto questo è necessario quando si tratta della successione in favore dell'assente. L'assente dovrebbe essere il successore di altra persona; per il solo fatto che è assente, ancorchè nessun provvedimento giudiziale sia intervenuto, ancorchè l'assente sia solo presunto per il fatto che non si hanno notizie di lui, viene equiparato al premorto, onde hanno diritto alla successione quelli che dovrebbero concorrere con l'assente o che sarebbero chiamati in grado ulteriore (art. 43). Però anche in caso di assenza, sono applicabili i principii della rappresentanza. Cioè se l'assente sia discendente o fratello del de cuius, i suoi discendenti prenderanno nella successione lo stesso suo posto. Questi sono casi di incapacità a succedere assoluta, come dicono gli autori, cioè casi che si fondano sulla mancanza delle condizioni obiettive necessarie per la esistenza di una persona: chi non esiste non può avere, né acquistare diritti. Vi sono poi casi di incapacità impropriamente detta così, i quali presuppongono la esistenza di un individuo e tutte le caratteristiche obiettive della personalità umana, però la legge toglie a questa



persona la facoltà di poter succedere per ragioni del tutto subbiettive, cioè per fatti delittuosi da essa compiuti contro la persona a cui dovrebbe succedere. Questi sono i casi di indegnità.

---



## Lezione IV<sup>a</sup>

### Giuridici

L'indegnità - Storia e concetto - I casi d'indegnità.  
Effetti. L'azione per far dichiarare l'indegnità. Effetti  
rispetto ai figli dell' indegno, - di coeredi, - ai terzi.

Per ben comprendere il concetto dell' indegnità e vedere se è cosa diversa dalla incapacità oppure sia una specie di essa, bisogna brevemente premettere alcuni cenni storici. Anche nel Diritto romano c'era l'indegnità, però essa aveva un carattere diverso da quello che ha nel nostro. Accanto all' indegnità del Diritto romano vi era l'istituto della *exheredatio* che era la facoltà concessa al testatore di rendere incapace alcuni successibili in pena di certi fatti compiuti contro di lui, i quali nel Diritto giustiniano furono ridotti ad un numero limitato; la *exheredatio* era insomma un istituto il quale mirava a tutelare l'interesse privato, a garantire il risentimento personale dello offeso verso l'offensore. Ciò posto con la *exheredatio*, pare a prima vista, si confonda l'istituto dell' indegnità; perché anche questa importava una esclusione dalla eredità, quando il successibile avesse compiuto certi atti delittuosi verso il defunto. Però la ragione di questi istituti era diversa; perché mentre la *exheredatio* tutelava il risentimento personale, l'interesse privato, ed era dipendente dalla volontà del privato, in quanto egli



potere o no esercitare questo diritto; invece l'istituto dell'indegnità serviva piuttosto a tutelare l'interesse sociale; era fondato su motivi d'ordine pubblico, ripugnando alla morale sociale che una persona potesse succedere ad un'altra, dopo aver commesso contro di lui certi fatti delittuosi. Oltre la differenza fra i motivi fondamentali dei due istituti, c'era una differenza nelle conseguenze pratiche, perché dipendendo l'exheredatio dalla volontà espressa dal testatore ne seguiva che l'exheredatus era incapace a succedere, e quindi la devoluzione dell'eredità non seguiva in suo favore.

Diversamente accadeva per l'indegno: questi non era incapace a succedere; l'eredità gli si devolveva, ma la legge in pena degli atti delittuosi commessi contro il defunto gli toglieva i beni, e li assegnava al Fisco (bona eripicio); epperò giustamente fu detto che l'indegno "potest capere, sed non potest retinere," quindi di altra differenza è, che mentre nella exheredatio, essendo l'exheredatus incapace, in suo luogo sostituirsi l'erede chiamato immediatamente dopo, o che aveva diritto a concorrere con l'exheredatus, invece nei casi d'indegnità, l'eredità tolta all'indegno non si devolveva a coloro che avevano diritto dopo di lui o che avevano diritto di concorrere con lui, ma si dava al fisco. Del Diritto romano perciò, è certo che, mentre l'exheredatus era incapace a succedere, e quindi non poteva addirittura acquistare la eredità, invece l'indegno era



capace, cioè poteva acquistare l'eredità, ma non poteva ritenerla, perchè a lui si doveva togliere per darlo allo Stato al fisco. I due istituti, dunque, in Diritto romano sebbene avessero punti di contatto, perchè l'uno e l'altro servivano a punire chi avesse commesso atti delittuosi contro il defunto diversificavano sostanzialmente tra loro in base al loro fondamento e per le conseguenze. Nel diritto consuetudinario francese questi due istituti si mantennero, però s'andarono confondendo. Come ci attesta il Boitier, la exheredatio e la indegnità erano istituti aventi lo stesso scopo, perchè l'indegnità era una diseredazione fatta dalla legge stessa. Quindi identico di senso il fondamento dei due istituti, cioè la tutela della moralità pubblica e del risentimento privato nel tempo stesso. Però la tutela del sentimento morale pubblico, fu subordinata all'interesse privato del defunto, dimodochè quando il defunto avesse espressa la sua volontà di perdonare un fatto delittuoso del suo erede, come non aveva luogo la exheredatio, così non aveva luogo nemmeno l'indegnità. Inoltre la indegnità aveva luogo per le stesse cause per le quali avrebbe potuto farsi la diseredazione; e infine identico era il risultato pratico della exheredatio e dell'indegnità, cioè, come al diseredato, così all'indegno, non succedeva il fisco, ma coloro che insieme con lui avevano diritto a concorrere all'eredità o coloro che erano chiamati in



grado ulteriore. Insomma la indegnità nel diritto consuetudinario francese non fu altro che una diseredazione presunta; la legge dice: quando il defunto non ha potuto esprimere la sua volontà, io presumo che avrebbe diseredato, non avendo diseredato lui, diseredo io, legge. Oude nel caso che il defunto avesse espressa la sua volontà in contrario e avesse perdonato l'indegno, l'indegnità spariva. Però, mentre da una parte l'indegnità si confuse colla diseredazione, perchè assume il carattere d'istituto a tutela piuttosto di sentimenti privati, che di interessi sociali, e quindi fu considerata come basata sulla presunta volontà del defunto; conservò d'altra parte il suo carattere antico di non costituire una vera e propria incapacità, ma d'importare soltanto una esclusione dalla eredità, e sicchè non ostante la fusione dei due istituti, il Polhier ritenne il principio del Diritto romano che l'indegno potest capere sed non potest retinere. Il codice italiano ha abolito l'istituto della diseredazione; oggi non è più possibile la diseredazione di quelle persone che per legge hanno diritto alla riserva, ne è possibile nemmeno quella diseredazione che avveniva non già in pena di un fatto criminoso commesso contro il defunto, ma nell'interesse dello stesso diseredato, come nel caso in cui un padre di famiglia vedendo che il figlio era prodigo lo diseredava nell'interesse suo e desolveva l'eredità ai figli di lui. (Questa diseredazione anche



oggi è ammessa dal Cod. Civ. Germanico). Però, mentre  
è istituto della diseredazione è addirittura scompar-  
so nel nostro codice, è rimasto l'istituto della in-  
deguità, onde la questione sul concetto e sulla por-  
tata dell' indeguità, cioè se la indeguità, quale è  
oggi, sanzionata dal nostro diritto, abbia o no lo stes-  
so carattere che aveva nel Diritto romano e nel di-  
ritto consuetudinario francese. La indeguità sancita dal  
nostro codice non ha la fisionomia che aveva nel Di-  
ritto romano, perché nel Diritto romano era un isti-  
tuto posto a tutela della moralità sociale, indipen-  
dentemente dalla volontà del defunto, mentre il con-  
trario segue pel diritto nostro, poiché se una perso-  
na perdona l' indegno, il perdono vale, ma ha perdu-  
to anche il carattere che aveva nel Diritto romano  
di importare non già una vera e propria incapa-  
cità, ma una semplice esclusione dalla eredità, di  
modo che possiamo dire, anche oggi, sotto l' impero del  
codice nostro che l' indegno non è incapace a  
succedere, ma è capace; però appunto perché è ca-  
pace, deve essere escluso dalla eredità? La teoria do-  
minante è che l' indegno, come nel Diritto roma-  
no e nel diritto consuetudinario francese, non  
sia incapace a succedere, è capace, ma solo può  
essere escluso dalla eredità. Alcuni combattono que-  
sta opinione principalmente il Laurent in Fran-  
cia e il Fadda in Italia, fondandosi sulla lettera  
della legge. La legge dice infatti che sono inca-



paci a succedere non solo coloro che non hanno  
esistenza fisica, ma anche coloro che sono indegni per  
le cause stabilite nell'art. 725 C.C. Parlo, dicono quegli au-  
tori non potete ritenere il principio romano che l'inde-  
gno potest capere sed non potest retinere. Dal momento che  
la legge mette in un'unica categoria chi è privo di esi-  
stenza, e quelli che hanno commesso alcuni atti che  
li rendono indegni, nel senso che anche costoro come i  
primi, sono incapaci di succedere. Da ciò derivano delle  
conseguenze; perché l'incapacità si aveva ipso jure; in-  
vece se si ritiene che l'indegno è capace di succedere,  
ma che solo può essere escluso dalla successione; per esclu-  
derlo bisognerà una dichiarazione giudiziale d'indegnità.  
Ora noi riteniamo che data la storia dell'istituto, non  
si può negare che anche oggi l'indegnità non importi  
vera e propria incapacità, ma importi solo una esclusio-  
ne dalla eredità, come pena a danno dell'indegno. È  
vero che l'istituto dell'indegnità non ha nel diritto no-  
stro il carattere rigoroso del Diritto romano, ma questo  
carattere non lo aveva nemmeno nel diritto consuetudi-  
nario francese, eppure il Pothier che fu colui che preparò  
il lavoro al legislatore francese, diceva che non soltanto la  
sommiglianza tra la diseredazione e la indegnità, la inde-  
gnità non producesse lo stesso effetto, ma continuava ad  
avere l'effetto proprio che aveva in Diritto romano, cioè  
che l'indegno potest capere sed non potest retinere. Que-  
sto concetto venne anche ribadito dal Pisanello nella  
sua Proclamazione al Progetto del Codice civile. E se si dif-



preura della legge francese la nostra, chiama incapace l'indegno, e pur da riflettere che nell'art° 727 è detto che chi fu escluso come indegno è obbligato a restituire tutti i frutti e proventi, ecc. dunque anche la legge parla di esclusione dell'indegno dalla successione. Il fatto della esclusione dalla successione suppone la possibilità dell'acquisto ereditario in favore di esso, cioè che l'indegno potest capere sed non potest retinere. Dobbiamo credere quindi, sia in base alla soluzione storica di questo istituto, sia in base alla lettera della legge che parla d'esclusione d'eredità, che, sebbene i caratteri sostanziali dell'indegnità nel diritto nostro, non siano quelli del Diritto romano, pure l'indegno anche egli potest capere sed non potest retinere. La incapacità dunque si differisce sostanzialmente dalla indegnità, non ostante la inesatta espressione della legge: l'incapacità significa mancanza di tutte le condizioni obiettive perché si abbia la personalità giuridica; invece la indegnità non è la mancanza di alcuna di queste condizioni, ma presuppone la esistenza fisica della persona, presuppone il diritto alla eredità, e solo in base a considerazioni di ordine sabbiettivo, considerazioni di fatto, cioè, che l'erede ha commesso degli atti tali contro il defunto da scuotere l'opinione pubblica e da far ritenere che il defunto non gli avrebbe mai concesso l'eredità per giusto risentimento, la legge lo esclude dalla eredità e dà diritto agli altri interessati di poter ritogliergli l'eredità che altrimenti avrebbe acquistato.



Quali sono i casi d'indegnità? Questo discorso ci porterebbe a lungo se volessi fare un esame minuzioso di tale argomento; invece sarò breve commentando l'art° 725. L'articolo distingue quattro casi di indegnità, i quali si possono raggruppare in due categorie: vi sono alcuni fatti che rendono indegno una persona perché costituiscono attentato alla persona del de cuius. vi sono altri fatti che rendono indegna la persona del successore perché costituiscono attentato non già alla persona del de cuius, ma alla libertà di testare. La prima categoria comprende i primi due numeri dell'art° 725. La legge dice anzitutto che è indegno a succedere chi avesse volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta. Qui come si vede si parla di omicidio volontario. Quando l'omicidio è giustificato non ha luogo l'indegnità, come nel caso di omicidio commesso nello stato di necessità, nel caso di legittima difesa o di ordine dell'autorità superiore. Nemmeno s'avvera l'indegnità nei casi di omicidio non imputabile, come quando uno uccida in istato di ubbriachezza completa, di pazzia, di demenza, di suggestione ipnotica. Così pure nel caso di omicidio involontario o colposo, il quale si verifica quando una persona uccida un'altra per semplice colpa, per negligenza, per imperizia nella propria arte o professione o per inosservanza a regolamenti. Ancora nel caso di omicidio preterintenzionale, che ha luogo quando, come dice il Pessina, l'evento supera l'intento, come nel caso di uno che batte una persona a scopo di conversione



e dalle percosse derivi la morte; non essendovi qui intenzione di uccidere e quindi non essendovi omicidio volontario, non si ha la indegnità. L'omicidio in duello produce indegnità. Qui v'è disparere di opinioni, dirò soltanto la mia. L'omicidio in duello può produrre indegnità a secondo dei casi e ciò risulta dal criterio stabilito per esso nel nostro Cod. Pen. Il Cod. Penale considera il duello non già come reato contro l'integrità personale, ma lo considera come furore e se, e precisamente come reato contro l'amministrazione della giustizia. Anche quando al duello segua l'omicidio, o la lesione personale, il codice non commina le stesse pene come per l'omicidio e per la lesione personale. Però vi è un articolo che enumera i casi in cui per il duello bisogna applicare le stesse pene che si applicano per l'omicidio volontario, e ciò ha luogo quando il duello procedette senza l'osservanza delle regole cavalleresche, come nel caso che le armi usate non siano eguali, oppure il duello sia stato fatto all'ultimo sangue, la legge penale equipara il duello all'omicidio e lo punisce come omicidio volontario (art. 243 cod. pen.) In tal caso dobbiamo ritenere che l'omicidio avvenuto in duello in quanto è considerato vero omicidio dal Cod. Pen. produca indegnità. Invece negli altri casi in cui la legge penale considera il duello non come un reato contro la integrità personale, non possiamo comminare l'indegnità. Vero è che altri sono i criteri di diritto penale ed altri quelli di diritto civile; ma si risponde che nel silenzio della legge, per vedere che cosa la legge civile in-



tenda per omicidio volontario dobbiamo ricorrere alla fonte del codice penale, che ci somministra il criterio per decidere la questione. Come abbiamo fatto per escludere l'omicidio preterintenzionale, ricorrendo ai criteri di diritto penale, così per l'omicidio in duello siamo autorizzati a seguire i criteri di diritto penale vigenti. La legge aggiunge anche che basta che l'omicidio sia tentato, non occorre la consumazione di esso, come pure è da notare che è indegno il complice in un omicidio sulla persona alla cui successione avrebbe diritto.

È necessario che l'omicidio o il tentativo o la complicità risultino da sentenza penale? Per il codice francese si richiede ciò, ma non per il nostro codice; esso ha voluto anche tener conto del caso che un omicidio sia avvenuto, ma che per amnistia, per indulto o per prescrizione non abbia avuto luogo la condanna. Invero colui che ha commesso un omicidio volontario, pur essendo sfuggito per una di queste cause alla pena, perché non dovrà essere considerato indegno? L'indegnità non è una pena di carattere penale, è pena di diritto civile, è decadenza, perdita del diritto, quindi non deve considerarsi distrutta da quei fatti che tolgono la vera e propria pena. Vale e la ragione della legge. Onde segue che l'omicidio può essere constatato la prima volta in giudizio civile, per lo scopo appunto della dichiarazione d'indegnità.

Il secondo caso che costituisce altro attentato contro la persona, e per cui ha luogo la indegnità, è quando



il succesibile abbia accusato il de cuius di un reato puni-  
bile con pena criminale e quando quest'accusa sia sta-  
ta dichiarata calunniosa in giudizio. Ci vuole l'accusa  
che può prendere la forma di denunzia o di querela;  
e quindi è da notare che la semplice falsa testimonianza  
non basta, in quanto la legge parla di accusa e  
l'accusa privata non si può manifestare se non nella  
forma di querela o di denunzia. La falsa testimonianza  
può certo produrre gli stessi effetti pratici dell'accusa, ma  
siccome siamo in materia eccezionale non possiamo es-  
tendere la disposizione della legge dall'accusa contempla-  
ta al caso di falsa testimonianza non contemplata.  
Non basta però l'accusa sotto forma di querela o di  
denunzia, è necessario che si tratti di accusa d'un rea-  
to che importi pena criminale. Sotto l'impero delle at-  
tuali leggi non si parla più di pena criminale,  
ma sulle disposizioni transitorie del codice penale si di-  
ce che quando nelle leggi anteriori si parla di pene  
criminali si debbono per esse intendere l'ergastolo, l'im-  
prigionamento dai pubblici uffizi, la detenzione o reclusione  
per un tempo non inferiore nel minimo di tre anni.  
Infine, bisogna che l'accusa sia dichiarata calunniosa  
in giudizio; l'accusa non deve essere giustificata ma  
deve essere tale da costituire il reato di calunnia ai  
sensi del Cod. Pen. Se uno abbia accusato in buona fe-  
de sul detto di altri senza sapere la falsità di ciò che  
diceva, in questo caso non c'è calunnia. Si richiede an-  
cora che la calunnia sia stata dichiarata tale in giu-



dirio. A differenza dell'omicidio bisogna ritenere che l'accusa debba essere dichiarata calunnia in giudizio penale, perché solo in sede penale si può dichiarare ciò. La legge dice: «quando l'accusa sia stata dichiarata calunniosa in giudizio non dice semplicemente: quando l'accusa sia dichiarata calunniosa, senz'altro, come è per l'omicidio: se la legge avesse voluto contemplare la possibilità della calunnia dichiarata in giudizio civile non avrebbe aggiunto questa frase «in giudizio», ciò ha fatto per denotare che l'accusa deve essere dichiarata calunniosa dal giudice competente. L'altra categoria dei casi d'indegnità, comprende gli attentati contro la libertà di testare. È indegno chi avesse costretto una persona a fare testamento o a cangiarlo. In queste parole - costretto a far testamento o a cangiarlo - la legge comprende il caso di violenza, non già il caso del dolo. Chi adoperare dolo verso una persona per far fare un testamento o per farlo cangiare non si può dire che abbia costretto questa persona; eppoi trattandosi di materia eccezionale non si può sostenere che colui che abbia adoperato dolo sia indegno: la legge usa la parola costretto, nella quale si può comprendere solo la violenza fisica e la violenza morale. Successo nel secondo caso di attentato alla libertà del testatore si può comprendere tanto la violenza che il dolo. La legge infatti dice che è indegno chi avesse impedito una persona di fare testamento o di rivedere il già fatto. Ora anche colui che con raggi, o arti subdole non fa fare un testamento, o non fa



cangiare il già fatto, costui evidentemente ha impedito di far testamento o di revocarlo. La legge qui non adopera la parola costretto, ma la parola impedito. Ancora è indegno chi avesse soppresso celato od alterato il testamento già fatto. A questo proposito la legge adopera una frase impropria dicendo - testamento posteriore. Ciò presupporrebbe che esistessero due testamenti e che il successibile avesse soppresso, distrutto, falsificato il testamento ultimo, posteriore, per far valere il primo. Ma se può darsi benissimo questo caso non è men vero essere frequente l'altro: che vi sia un testamento solo. Ora se il successibile vedendo che questo è a lui sfavorevole lo sopprime, lo celi, lo alteri, ci sarà o no la indegnità? Certamente che sì, perchè anche qui, come nell' altro caso, si avrebbe sempre la soppressione, il celamento, l'alterazione di un testamento; fatto che la legge considera come causa d' indegnità; onde si può dire che giuridicamente i due casi sono identici, giacchè la diversa circostanza di fatto che si riscontra in essi nulla ha influito sulla disposizione di legge. Non ostante queste cause d' indegnità, la persona che ha commesso uno di questi fatti, può succedere quando quegli della cui successione si tratta abbia fatto remissione, cioè abbia manifestato la volontà di perdonare l' indegno per farlo succedere nella sua eredità. Ciò è stabilito nell' art° 726. Quest' articolo che manca anche nel Cod. Civ. francese non ostante la contraria opinione del Pothier fu posto, seguendo l' esempio del codice sar-



do, per la considerazione che l'istituto dell' inde-  
gnità ha per fondamento la tutela d' un risentimen-  
to personale, più che d' un interesse sociale. Sareb-  
be stato perciò strano che la legge vigente in tempo  
di civiltà cristiana avesse non tenuto conto di un  
possibile perdono della offesa ricevuta. Ciò che è impor-  
tante rilevare in rispetto a quest' articolo è la questio-  
ne che si fa relativamente alla capacità per fare la  
remissione. Alcuni dicono che per fare remissione del-  
l' indegnità basta la capacità naturale. Costoro però  
sono in errore. Poniamo che un giovanetto a dieci  
o dodici anni abbia subito un attentato all' integrità  
personale da quella persona che sarebbe suo erede.  
Questo giovanetto può fare atto di remissione in quel-  
l' età, con la efficacia di far succedere la persona re-  
sasi indegna? No, perché la remissione importa una  
deroga alla successione legittima, importa una deroga  
alla volontà della legge. Ora quegli atti che importano  
deroga alla volontà della legge in rapporto alla suc-  
cessione si chiamano testamenti, e quindi la remis-  
sione importando deroga alla volontà della legge suc-  
cessoria ha efficacia di testamento. Perciò la semplice  
capacità naturale, come non basta per fare testamen-  
to, non basta per fare atto di remissione che impor-  
ta effetto analogo. Si dice da altri che è necessaria  
la capacità soluta per fare quel determinato atto in  
cui la remissione è contenuta. Ciò si capisce, quan-  
do la remissione è contenuta in un atto di dona-



nione, in un atto di compra vendita ecc; allora basta che si sia la capacità necessaria per quel determinato atto. La questione invece nasce quando si voglia fare un atto ad hoc per rimettere la indegnità di cui si è resa meritevole una data persona. In tal caso è più giusto seguire l'opinione che si vuole la capacità necessaria per fare testamento, ossia che bisogna per lo meno l'età di 58 anni. In che forma deve farsi la remissione? Lo dice la legge stessa. O per atto autentico o per testamento, cioè o per atto fatto dinanzi al notaio, per atto pubblico, oppure bisogna osservare le forme del testamento olografo, segreto, pubblico. Qualora non si voglia scegliere la forma dell'atto pubblico, si può fare un atto privato purché abbia tutti i caratteri del testamento olografo o segreto. Come deve essere fatta la remissione? Espressamente, dice la legge, bisogna che dall'atto risulti esplicitamente la volontà di rimettere l'indegnità, ma questo non si può argomentare dallo insieme delle circostanze, come pretende il Pacifici Marroni. Certo che non è necessario che la persona della cui successione si tratta dica: rimetto, perdono le offese fatte; può usare qualunque espressione, purché manifesti direttamente il pensiero di voler rimettere l'indegnità. Il Pacifici Marroni ritiene il contrario perché si fonda sul principio accolto dal Codice Albertino e Parmense, della remissione tacita; ma dal momento che il codice nostro, pure seguendo l'Albertino, dice che la remissione deve essere fatta espressamente, deve valere la parola della legge.



Effetti. Gli effetti dell'indegnità si desumono dal concetto che ho avuto cura di esporre al principio della lezione. Se la indegnità equivallesse alla incapacità avvenuta questa conseguenza, cioè che essa si verificherebbe ipso facto ipsoque jure al momento stesso in cui si compie il fatto delittuoso e quindi ne verrebbe la conseguenza prima che non ci sarebbe bisogno di dichiarazione giudiziale d'indegnità. E' indegno non solo non potrebbe ritenere l'eredità acquistata, ma non potrebbe mai acquistare l'eredità al pari dell'incapace. Se si immettesse nel possesso dell'asse ereditario, tutti gli atti compiuti sarebbero nulli e non potrebbe mai recedere contro il rivendicante vero erede la prescrizione estintiva dell'azione. Facciamo questo caso: un tale dichiarato indegno si immette nel possesso dei beni ereditari. Poniamo che passati 30 anni lo erede vero s'accorge che l'altro è un indegno. Che cosa si può fare? Se l'indegno è incapace a succedere, allora egli contro l'azione dell'erede vero può difendersi soltanto adducendo l'usucapione delle singole cose realmente possedute; invece se lo indegno si reputa capace di acquistare l'eredità, ancorchè non abbia posseduto le singole cose ereditarie, all'erede che esercita l'azione dopo 30 anni, potrà dire: averi il diritto ad escludermi dall'eredità, ma ora non più perchè son decorsi 30 anni dal giorno dell'apertura della successione, in cui nacque la tua azione, dunque questa si prescrive.

+ Ammesso il principio che altro è l'incapacità altro l'indegnità, che l'incapacità si verifica ipso jure, l'indegnità



no, ma occorre l'esclusione dall'acquisto già compiuto, in  
 quando l'indegno potest capere sed non potest retinere, e  
 chiaro come necessario in dichiarazione giudiziale all'inde-  
 quità. Dal momento che l'indegno potest capere sed non re-  
 tinere, e nell'interesse privato la esclusione di costui e  
 quindi bisogna intentare l'azione di annullamento dell'ac-  
 quisto fatto dall'indegno, la quale azione quando porta al  
 annullato della dichiarazione della indegnità fa sì che l'acqui-  
 sto compiuto dallo indegno venga ad essere posto nel nulla.  
 Essere per l'incapace questa dichiarazione preventiva non  
 è necessaria, basta che l'erede agisca con la petizione di  
 eredità contro l'incapace perché il suo diritto venga ricono-  
 scuto. La necessità di una simile azione è ammessa e  
 espressamente dal codice germanico. Chi può intentare questa  
 azione? Tutti gli interessati, non solo coloro che avrebbero  
 diritto a concorrere insieme all'indegno, e coloro che avreb-  
 bero diritto a succedere in mancanza dell'indegno, cioè i  
 parenti di grado ulteriore, ma anche i creditori del coe-  
 de o dell'erede che succederebbe in luogo dell'indegno, in  
 base all'art. 523+6. Prima dell'apertura dell'eredità  
 non si può esercitare quest'azione. Dunque una persona  
 abbia commesso un attentato contro la vita del defun-  
 to o la libertà di testare e questo fatto è costato in giu-  
 dizio penale o civile autonomamente all'apertura dell'eredi-  
 tà, in quel tempo non si può agire per dichiarazione  
 di indegnità, sia perché è possibile la remissione da par-  
 te dell'offeso, sia perché ancora non c'è interesse giuri-  
 dico ad agire, in quanto tale interesse ad agire nasce



solo quando nasce il diritto corrispondente, cioè all'apertura dell'eredità.

Ma si può agire dopo che sia morto l'indeguo? L'indeguo muore dopo la persona della cui successione si tratta. Gli altri che hanno interesse a sottrarre in suo luogo, possono agire dopo la sua morte? È dubbia la questione. Alcuni dicono no, trattandosi di una pena, la pena è personale, gli effetti della pena non possono estendersi contro l'erede. Questo è concetto falso; non si tratta di vera pena che ha carattere penale, corporale, ma di pena civile, di decadenza d'un diritto. Si tratta di diritti patrimoniali che si trasmettono dall'indeguo ai suoi eredi; o come una persona aveva diritto a togliere questo patrimonio all'erede indeguo avrà diritto a toglierlo a quelli che sono necessari in sua vece. Solo in un caso non sarebbe possibile l'esperimento di questa azione, se l'indeguo che era diseredato o fratello del testatore lascia eredi i figli; perché questi, anche dichiarata l'indegnità hanno diritto di succedere per rappresentazione: in tal caso non v'è interesse ad agire. In quanto tempo si può sperimentare quest'azione? Lo spazio di 30 anni. Qui azione si prescrive in 30 anni. Qui si tratta non di un'azione per far dichiarare inesistente l'acquisto, si tratta d'un'azione di annullamento dell'acquisto già compiuto; queste azioni non possono prescriversi che in 30 anni. In un tempo più breve si prescrivono le azioni di annullamento che si riferiscono ai contratti; invece l'acquisto dell'eredità non è un fatto contrattuale e perciò bisogna applicare la



prescrizione trentennale. Qual' è l'effetto della dichiarazione giudiziale della indegnità in rispetto ai figli dell' indegno? Nessuno. Gli antichi giuriconsulti non erano di questa opinione, in quanto per costoro una volta accertata l' indegnità essa nuoceva anche ai figli. Il diritto consuetudinario francese fu pure di questo parere. Il Polhier ispirandosi ai principii cristiani sostiene non essere giusto che il fatto del padre dovesse nuocere ai figli innocenti ed ammettere la possibilità che i figli dell' indegno succedessero in luogo dell' indegno. Questo concetto fu accolto dal Codice Napoleónico a metà, in quanto si ammise per i figli dell' indegno la possibilità di succedere ab intestato per ragione propria, quando cioè non ci fosse un successibile di grado più prossimo; ma non anche per rappresentazione. — Invece il nostro codice ha accolto completamente quel concetto, ammettendo che i figli dell' indegno possano succedere non solo per ragione propria, ma anche quando ci siano parenti più prossimi, per diritto di rappresentazione.

Però il nostro codice ha voluto, concedendo questo favore ai figli dell' indegno, che l' indegno non ritraesse alcun profitto nemmeno indirettamente. Supponiamo che vi siano figli minori sottoposti alla patria potestà. Se l' indegno, in questo caso, dovrebbe godere l' usufrutto legale sui beni acquistati per successione dai figli, ma la legge ha vietato ciò, appunto per evitare che l' indegno possa ritrarre dei vantaggi indiretti dalla eredità (art. 727 e 728). Se però i figli i quali per rappresentazione o



per ragione propria hanno conseguita l'eredità spettante al padre, rinunciato, i beni che formano l'eredità di questi figli dell' indegno, ancorché siano gli stessi che sono pervenuti per la successione della persona verso cui il padre si mostrò indegno, pure passano al padre; ed è naturale, perché dal momento che i figli hanno accettato i beni del defunto verso cui il padre si mostrò indegno, quei beni sono diventati beni dei figli e quindi da essi possono passare al padre.

Effetti rispetto ai coeredi. Rispetto ai coeredi avviene questo che avvenuta la dichiarazione giudiziale d' indegnità i coeredi possono promuovere l'azione di petizione di eredità e l' indegno essendo considerato come possessore di mala fede, non solo deve restituire tutti gli oggetti ereditari, ma deve rendere conto di tutti i frutti percepiti e percipiendi. Egli però ha diritto al rimborso delle spese necessarie ed utili, dei debiti che avesse pagato nella sua qualità di erede; ma non può pretendere, come possessore di mala fede, il diritto alla ritenzione secondo è stabilito dall' articolo 727 C.C. E ciò è giusto: siccome la indegnità si basa su fatto delittuoso di cui non si può concepire l' ignoranza da parte dell' indegno e d' altra parte sa che per legge da questo fatto delittuoso deriva la esclusione dalla eredità, l' indegno il quale si è immerso nel possesso dei beni, non si può considerare che come possessore di mala fede.

Effetti rispetto ai terzi. La questione è più importante. Che sarà dei diritti acquistati dai terzi prima della



dichiarazione giudiziale dell' indegnità? Se l' acquisto avviene dopo della dichiarazione giudiziale dell' indegnità, l' acquisto è nullo, perché da quel momento l' indegno non ha alcun diritto. Ma che deve dirsi del tempo intermedio quando il terzo poteva non sapere che la persona con cui trattava fosse indegna o potesse immaginare che gli interessati non agissero? Vi sono varie e discordanti opinioni. Alcuni dicono che si risolvono anche i diritti dei terzi, altri che i diritti dei terzi restano salvi, altri ancora che bisogna distinguere tra diritti acquistati a titolo gratuito da quell' acquistato a titolo oneroso. Tutte queste opinioni si fondano su argomenti logici, astratti, razionali, non già su ragioni di ordine positivo. Il nostro codice non disciplina la efficacia della indegnità rispetto ai terzi. Però non è esatto il dire che gli acquisti fatti dai terzi restano sempre annullati, perché è contro il principio generale accolto dal diritto nostro della tutela del diritto dei terzi. Ma non si può d' altra parte dire, con sicurezza, che i diritti dei terzi restano sempre salvi; dal momento che c' è la retroattività anche i terzi vi restano implicati. Bisogna accogliere la terza opinione, quella che distingue gli acquisti fatti a titolo oneroso e gli acquisti fatti a titolo gratuito. E ciò in applicazione dell' art. 333, in cui si dispone che gli acquisti fatti dai terzi che hanno contrattato in buona fede con l' erede apparente restano salvi, se a titolo oneroso, invece restano annullati se furono a



titolo gratuito. Ora l'erede indegno, ancorchè prima della dichiarazione giudiziale dell' indegnità si possa dire vero erede, in quanto che potest capere; pure avvenuta la dichiarazione giudiziale di indegnità, che ha effetto retroattivo, questa sentenza fa sì che anche per il tempo anteriore l'erede indegno non debba reputarsi erede, sebbene tutte le apparenze lo mostrossero tale. Che torto dunque ebbero i terzi a trattare con lui? Se essi furono in buona fede, i loro acquisti a titolo oneroso saranno salvi in base al principio di ordine positivo sancito nell' art. 933 capov.

---



## LEZIONE V<sup>a</sup>

### Donazioni

La capacità a succedere delle persone giuridiche. Persone giuridiche ecclesiastiche. Santa Sede. Persone giuridiche straniere. Società commerciali. Disposizioni in favore di persone giuridiche, prove dell'esistenza legale al tempo dell'apertura della successione. Varie ipotesi.

Abbiamo visto nella passata lezione che oltre l'incapacità vera e propria c'è anche un'incapacità relativa (impropriamente detta incapacità) cioè la indegnità. Ma oltre i casi indicati dalla legge, non vi sono altri casi d'incapacità. Oggi per il diritto nostro non è incapace a succedere lo straniero, perché lo straniero è equiparato al cittadino nel godimento dei diritti civili: non è incapace a succedere il religioso professore, perché ha acquistato la piena capacità dei diritti civili e politici. Parimenti la incapacità a succedere dello straniero e del religioso professore sono semplici ricordi storici. Oltre le persone fisiche, sappiamo che sono soggetti di diritti ed obbligazioni anche le cosiddette persone incorporali o enti morali o persone giuridiche. Ora le persone giuridiche sono anch'esse capaci di succedere o no. Il Diritto romano aveva delle regole contrarie alla capacità delle persone giuridiche. Erano il *populus romanus* il quale era pienamente capace, gli altri enti erano generalmente incapaci, come i *communi* e gli altri collegi ancorché rivestiti da



personalità giuridica. Solo per eccezione quando vi fosse qualche speciale concessione dell' autorità politica la corporazione poteva succedere per testamento. Invece la legislazione giustiniana, dato il favore che ebbe la religione cristiana e la influenza precipua di questa sulla nascita di enti nuovi che furono chiamati fondazioni, orientò scopi di beneficenza o di culto, largheggiò in vantaggio di queste persone giuridiche. Troviamo perciò nel diritto giustiniano una larghezza non conosciuta prima dal diritto romano in favore della capacità di succedere di queste persone giuridiche appellate cause pie. Per il diritto nostro le antiche limitazioni del Diritto romano non si possono fare. La persona giuridica è per la legge nostra capace a succedere. Certamente la persona giuridica non avrà successione legittima come la persona fisica, perchè la successione legittima nella maggior parte dei casi presuppone il vincolo di famiglia, mentre la persona giuridica non ha famiglia. Ma ciò non esclude che vi siano dei casi di successione legittima in favore di persone giuridiche. Notevole è l'esempio dello Stato, che succede per successione legittima a coloro che non lasciano parenti nemmeno nel 10° grado. Oltre a ciò possiamo avere dei casi speciali di successione quando una legge sopprimendo certi enti destina il patrimonio di questi ad un determinato ente, come sarebbe ad es. il Fondo per il Culto. Questo è un caso di successione legittima. I casi più comuni però sono quelli di successione testamentaria, come s'è agevole pensare.

Ora quale regola deve valere per la capacità di succe-



dere delle persone giuridiche? Per le persone fisiche abbiamo visto che debbono avere esistenza al momento in cui il *de cuius* muore, cioè che non debbono essere premorte ad *de cuius*, e che abbiano per lo meno esistenza *iuriale* ossia che siano concepite. Ora che cosa dobbiamo dire delle persone giuridiche? Le persone giuridiche risultano da due elementi: un elemento materiale o di fatto, ed un elemento formale. L'elemento materiale è dato dalla riunione di più tendenti al raggiungimento di uno scopo, in caso di corporazioni, o da un gruppo di persone che sono semplicemente interessate al raggiungimento di uno scopo, come nelle fond.<sup>ni</sup> Inoltre è necessario che esista uno scopo lecito, e infine che esista un patrimonio che conduca al conseguimento di questo scopo. Quando questi tre elementi concorrono insieme non si ha ancora la persona giuridica, ma si hanno tutti gli elementi di fatto necessari perché la persona giuridica sorga. Perché si abbia il soggetto capace di diritti e di obbligazioni, è necessario l'elemento formale, cioè il riconoscimento da parte dello Stato, il quale atto di riconoscimento non viene a creare la persona giuridica, come alcuni ritengono, ma viene ad integrare quegli elementi di fatto in modo tale che questo nuovo elemento aggiungendosi agli altri dà la vita all'ente. Ora, se nel momento della morte del *de cuius* non ci sono tutti questi elementi riuniti insieme, non si può dire che la persona giuridica esista. Applicando la regola generale, si può dire che le persone giuridiche possono essere capaci, quando al momento della



morte dell'individuo hanno avuto il riconoscimento da parte dello Stato. Questa è la regola generale, poi verremo alle eccezioni. Poniamo che le persone giuridiche sussistano al tempo della morte del *de cuius*, sono tutte indistintamente capaci di succedere o bisogna fare delle distinzioni? Le persone giuridiche si distinguono in civili ed ecclesiastiche. Le ecclesiastiche sono capaci di succedere? Senza dubbio sì. Anche le persone giuridiche ecclesiastiche sono capaci di succedere. Una sola eccezione si è nella nostra legge. Quelle persone giuridiche ecclesiastiche che mentre sono state soppresse in tutta Italia, sono state eccezionalmente conservate in Roma e nelle sedi suburbicarie, come benefici semplici, cappellanie, legati pii, abbazie, chiese ricettizie sia di patronato ecclesiastico o di libera collazione, questi enti, siccome non possono acquistare più di quanto avevano al tempo della legge che eccezionalmente le conservò, non possono succedere. Si è fatta questione per il Papa. Si è domandato: il Papa nella sua qualità di Pontefice può acquistare per successione? Il Gianturco ha sostenuto l'opinione che il Papa non è capace di succedere. Egli ha detto: il Papa è rappresentante la Chiesa cattolica; la Chiesa cattolica non è persona giuridica - quindi il Papa non è capace di succedere nella sua qualità di Pontefice. Questa opinione però è errata, perché se il Papa è rappresentante della Chiesa cattolica, è anche rappresentante di un altro ente che se è il capo della Chiesa cattolica, è distinto da essa, e questo ente è la



santa Sede. La santa Sede è persona giuridica riconosciuta dallo Stato? Senza dubbio, sì. Quindi il Pontefice come rappresentante della Santa Sede, è capace di succedere, in tale sua qualità. Le persone giuridiche sono non solo nazionali, ma anche straniere: vi sono persone giuridiche che esistono nel territorio dello stato italiano, ed hanno avuto il riconoscimento del governo italiano, sono persone giuridiche italiane; e ve ne sono altre che esistono in territorio straniero e non hanno avuto il riconoscimento dello stato italiano. Le persone giuridiche straniere sono capaci di succedere ad Italiani o a stranieri aventi dei beni in territorio italiano? La questione è molto dibattuta nel campo della dottrina perchè non vi è alcuna disposizione di legge che la risolva. Vi sono tre opinioni; alcuni dicono: le persone giuridiche straniere non sono capaci di succedere in Italia, tranne che non siano riconosciute espressamente anche dal Governo Italiano; altri: le persone giuridiche pel solo fatto che sono tali, senza bisogno di ulteriore riconoscimento, sono capaci di succedere ugualmente che le persone fisiche; la terza opinione è quella di coloro che distinguono le corporazioni dalle fondazioni, sostenendo che le corporazioni straniere sarebbero senz'altro capaci di succedere in Italia, invece le fondazioni non sarebbero capaci di per se stesse. Questa è l'opinione sostenuta dal professore Fiore. Questa opinione dobbiamo eliminarla come poco logica. Perchè questa distinzione? Il Fiore dice: le corporazioni hanno una



realtà di fatto, sono collettività di persone le quali so-  
 no considerate dalla legge come persona unica, la corpo-  
 razione è un ente esistente e quindi ancorché la cor-  
 porazione sia straniera essa avrà capacità di succede-  
 re in Italia senza altro riconoscimento, così come han-  
 no capacità a succedere le persone fisiche straniere. In-  
 vece la fondazione è un ente fittizio, è una creazione  
 della legge e quindi questa persona giuridica non potrà  
 esercitare la sua attività se non nei confini dello Sta-  
 to che l'ha riconosciuta; epperio in Italia avrebbe bi-  
 sogno d'altro riconoscimento. Ma questa distinzione è in-  
 mesatta, perché qualunque teoria si accolga rispetto alle per-  
 sone giuridiche, o la teoria della finzione o quella della  
 realtà, tra fondazione e corporazione non passa differen-  
 za sostanziale; la differenza che v'è non consiste già  
 nella mancanza d'uno degli elementi, cioè collettività  
 di persone che esisterebbe nella corporazione e manchereb-  
 be nella fondazione, ma nella prevalenza di un elemen-  
 to sull'altro. Nella corporazione cioè, abbiamo la pre-  
 valenza dell'elemento delle persone, in quanto queste per-  
 sone si presentano in modo sensibile, nella fondazione  
 prevale l'elemento del patrimonio, ma l'elemento delle  
 persone non è escluso dal concetto della fondazione, per-  
 ché anche qui v'è una collettività di persone; la qua-  
 le, se non influisce sull'andamento dell'ente giuridico,  
 non ne amministra il patrimonio, ecc; gode però pas-  
 sivamente i vantaggi che ne derivano. Ciò posto, o si am-  
 mette che la persona giuridica è una finzione ed al-



lora la stessa soluzione si deve accogliere tanto per le fondazioni che per le corporazioni, o si ammette che sia una realtà ed allora eguale soluzione si deve ammettere per le fondazioni e per le corporazioni.

Passiamo alle altre due opinioni. La prima teoria sostenuta principalmente dal Laurent è molto rigida: le persone giuridiche straniere non potrebbero succedere nello Stato ove non siano espressamente riconosciute. Ma si osserva in contrario: se la persona giuridica è un ente capace di diritti e di doveri, è equiparata alla persona fisica ne segue che gli stessi diritti che ha la persona fisica, deve averli anche la persona giuridica. Ora per il nostro codice abbiamo che gli stranieri sono equiparati ai cittadini nel godimento dei diritti civili. Art. 3 C.C. Chi, dunque, ci autorizza a restringere la parola stranieri alle sole persone fisiche, per non comprendersi le persone giuridiche? Non c'è alcuna ragione che ci autorizzi a fare questo. Noi anzi, tenendo conto dei due primi articoli del nostro codice, di cui il primo parla delle persone fisiche, il secondo di persone giuridiche, mentre il terzo di stranieri, senza distinzione, dobbiamo ritenere costantemente ai principi della legge e alla lettera di essa che anche le persone giuridiche straniere siano equiparate alle persone giuridiche nazionali. Si obietta che in questo modo, facendo la equiparazione, si viene ad arrecare un danno agl'interessi italiani, perché così molte persone giuridiche non riconosciute in Italia (per es. le corporazioni religiose, soppresse in Italia e



riconosciute altrove) potrebbero succedere in Italia, il che sarebbe un assurdo, venendo gli stranieri a trovarsi in una condizione giuridica migliore dei nazionali. Si aggiunge ancora: siccome la personalità giuridica è effetto del riconoscimento dello Stato si può equiparare ad un atto legislativo, come questo, così il riconoscimento, non può avere efficacia oltre i confini dello Stato. Non venendo ad ammettere in Italia la capacità delle persone giuridiche straniere, verremmo a subire una legge d'uno stato estero, ciò che è contrario al principio di sovranità dello Stato. Queste ragioni sono insufficienti. Diritto per i principi di diritto internazionale privato non è vero che il principio della territorialità della legge abbia valore assoluto; esso viene modificato molte volte dall'applicazione delle leggi straniere che lo stesso Stato italiano concede. Sappiamo che le disposizioni preliminari del C.C. negli art. 6 a 32 permettono appunto molte volte l'applicazione della legge straniera anche in materie che di per sé sarebbero d'ordine pubblico, come la capacità delle persone e i diritti di famiglia. Quindi niente di assurdo che l'atto della sovranità straniera che riconosce una persona giuridica, venga a produrre delle conseguenze anche in Italia. Non c'è paura poi per le congregazioni religiose, perché anche nei casi in cui la legge straniera può avere applicazioni in Italia, pure a quest'applicazione si presenta un limite insuperabile: quando vi sono disposizioni di ordine pubblico italiano che contraddicono alle leggi straniere, queste non possono essere ap-



pliate. Ora è una disposizione di ordine pubblico quella che riconosce la personalità di certi enti, e quindi se una corporazione monastica riconosciuta in uno stato estero volesse pretendere la successione in Italia, la sua pretesa non troverebbe accoglienza in quanto è uno di quegli enti che per legge non è riconosciuto da noi. Però, se bene le persone giuridiche straniere abbiano capacità di succedere in Italia, pure nello esercitare questo diritto debbono osservare le leggi d'ordine pubblico italiano, in modo tale che si tratta di un ente appartenente al novero di quelli che la legge italiana ha riconosciuti, non avrà capacità a succedere, ed anche quegli enti che sono della stessa categoria delle persone giuridiche riconosciute in Italia, debbono sottomettersi alle leggi d'ordine pubblico italiano. Così una delle condizioni volute dalle leggi italiane essendo la necessità dell'autorizzazione da parte del governo, la persona giuridica straniera che pretende la successione deve ottenere l'autorizzazione; se il governo non l'autorizza, non potrà pretendere l'eredità od il legato.

Un'altra questione si fa per le società commerciali. Se società commerciali sono capaci di succedere o no? Vi sono opinioni discordanti. Alcuni ritengono che non sono persone giuridiche, altri ritengono che sono una specie di persone giuridiche, ma di natura tutta propria. L'opinione dominante è che le società commerciali pur avendo una certa personalità, perchè sono distinte dalle persone dei soci, non possono succedere. Invece l'opinione che io seguo e che pare più giusta, è



quella del Giorgi e del Vivante. Dimostrato che le società commerciali siano persone giuridiche vere e proprie, sebbene abbiano dei caratteri per cui differiscono dalle corporazioni e dalle fondazioni, si deve ritenere che siano capaci di succedere, come qualsiasi altra persona giuridica, con questo limite però, che le successioni devolute alle società commerciali debbono serbare per gli stessi scopi per cui esse esistono le società, cioè per l'andamento dell'attività commerciale.

La questione più importante nasce non quando le persone giuridiche sussistono al tempo della morte del testatore, ma quando non sussistono. Di tale proposito bisogna distinguere diverse ipotesi. 1° il testamento pone la base della persona giuridica, in quanto, destinando il patrimonio ad uno scopo, costituisce l'atto stesso di fondazione della persona giuridica. 2° il testamento dispone in favore di un ente che funziona di fatto come persona giuridica ma non è ancora riconosciuta. 3° il testatore non mette le basi della persona giuridica, né dispone in favore di un ente già esistente di fatto, sebbene non riconosciuto; ma prevede la ipotesi che un ente giuridico possa sorgere dopo la sua morte ed in favore di esso dispone. 4° il testatore dispone in favore di associazioni le quali hanno esistenza di fatto, ma non possono avere riconoscimento dall'autorità politica perché appartengono a quella categoria di enti che lo Stato italiano ha soppressi, come sono le corporazioni monastiche.

Vediamo il valore delle disposizioni nei vari casi. Il



caso più importante, e più discusso, è quando una per-  
 sone nel suo testamento lascia il patrimonio o parte  
 di esso per erigere un ospedale, un orfanotrofio, per fonda-  
 re una borsa di studio, ecc. Questa disposizione è va-  
 lida o è nulla? Alcuni romanisti pedanti, o esagera-  
 tamente attaccati al principio che la persona del suc-  
 cessibile dev'essere vivente al tempo della morte del  
 de cuius, risposero che tale disposizione è nulla in  
 quanto che in questo caso si dispone in favore di una  
 persona che non esiste: l'ospedale che il testatore suo-  
 le che si fonda non ha alcuna esistenza al tempo del-  
 la morte del testatore, in quanto manca tuttora del ri-  
 conoscimento dello stato. Però anche nel Medio Evo per  
 il diritto comune si furono degli interpreti più larghi e  
 quali, ispirandosi alla esigenze della vita pratica, riten-  
 nero valide simili disposizioni e ciò anche per influen-  
 za del diritto canonico che cercò di favorire le fonda-  
 zioni a scopo religioso o di beneficenza. La questione ri-  
 nasce ai nostri tempi in Germania. Un certo Ban-  
 chiere lasciò tutto il suo patrimonio per la fondazione  
 di un museo industriale che doveva portare il suo no-  
 me. Gli eredi legittimi impugnarono di nullità il te-  
 stamento, che beneficiava un ente che non esisteva, per-  
 chè non era ancora persona giuridica al tempo della  
 morte del testatore. I giureconsulti si scissero in due par-  
 ti, ma l'opinione prevalente fu favorevole alla validità  
 della disposizione. La questione si agitò anche in Fran-  
 cia, ma lì prevalse l'opinione che la donazione o



il lascito fatti in favore di un ente futuro fosse valida solo se fatti in modo indiretto. La disposizione cioè sarebbe stata valida, se fosse stata fatta così: lascio tutto il mio patrimonio a Ginio; ma questi avrà l'obbligo di erogare una parte per fondare un ospedale, un museo. In questo caso c'è una persona vivente, soggetto del patrimonio, solo questa persona avrà l'obbligo di farne un uso determinato. In maniera indiretta si possono beneficiare enti non esistenti, non già in maniera diretta. Questa è la opinione prevalente in Francia. Anche in Italia sorse la questione a proposito di un tale Basilio Beni di Pavia, che lasciò il suo patrimonio per erigere una fondazione che dovesse avere scopo di beneficenza per quelle persone che avessero lo stesso suo cognome. In Italia si divisero le opinioni dei giuristi; e sul proposito si scrissero molte monografie. Quelli che sostenevano la nullità della disposizione mettevano in favore dell'ente da fondarsi, non avevano che un solo argomento derivante dal diritto romano e cioè essere necessario che esista al momento della morte del de cuius la persona che deve succedere, perché altrimenti manca la continuità tra successore e de cuius, c'è un intervallo di tempo in cui il patrimonio resta senza padrone. Quindi costoro si basano sul principio generale accolto dalla legge romana e dalle leggi moderne, cioè che il successore deve esistere al tempo della morte dell'autore. Molti altri invece sostennero l'opinione contraria. Si disse: che era ridicolo ammettere che si potesse favori-



re in maniera indiretta quegli enti che non si po-  
 tessano favorire in maniera diretta. Non siamo più al tem-  
 po del formalismo romano. Se il testatore può, usando  
 l'espedito d'istituire una persona erede coll'obbligo  
 di erogare il patrimonio per l'eruzione di un ente, la-  
 sciare le proprie ricchezze in favore di un ente che  
 non esiste al tempo della sua morte, tanto vale con-  
 cederli la facoltà di beneficiare l'ente direttamente.  
 Vi sono poi degli articoli del nostro codice, dai qua-  
 li si può argomentare la validità della disposizione  
 diretta. L'art° 832 dispone che sono valide le disposizio-  
 ni in favore dei poveri, anche espresse genericamen-  
 te. Se la Congregazione di Carità s'impadronisce in que-  
 sto caso del patrimonio per erogarlo in favore dei po-  
 veri. Qui abbiamo una persona incerta che non esiste  
 al tempo della morte del testatore, eppure per legge  
 una tale disposizione è valida. Ora, se invece di lascia-  
 re il patrimonio in favore dei poveri, si dice: lascio il  
 patrimonio per fondare un ricovero di poveri, un ri-  
 covero di mendicanti, non è forse lo stesso scopo che  
 si propone il testatore, anzi più determinato? Perché  
 in quel caso la disposizione deve essere valida e qui  
 nulla? L'altro art° dal quale si può argomentare la  
 validità di una tale disposizione è l'art° 833.

Qui si dice che sono nulle le disposizioni ordina-  
 te al fine di istituire benefici semplici, cappellanie  
 laicali ed altre simili fondazioni. La nullità è  
 forse dovuta al fatto che l'ente non esiste, o ad



altra ragione? La ragione è che questi sono enti che non possono avere riconoscimento dalla legge. Argom<sup>en</sup>tando a contrario si può dire: se è nulla la dispo<sup>si</sup>zione allo scopo di istituire benefici semplici, cappella<sup>nie</sup> laicali, vuol dire che non sono nulle le dispo<sup>si</sup>zioni tendenti ad istituire degli enti che non abbia<sup>no</sup> la natura dei benefici semplici e delle cappella<sup>nie</sup> laicali. Inoltre per l'art<sup>o</sup> 902 C.C. una persona può lasciare il suo patrimonio per soccorrere l'indigenza, per legati di matrimonio, per soccorsi in premio alla vir<sup>tù</sup> o al merito o per altri oggetti di pubblica utilità. Ora se tutto ciò è permesso, perché non sarà possibile la validità del lascito fatto appunto per fondare un isti<sup>tuto</sup> di matrimonio, delle borse di studio in favore di studenti poveri, ect? La forma della disposizione non di<sup>ce</sup> niente, non influisce sulla sostanza. E infine il nostro C.C. non richiede già che il successibile sia ve<sup>nuto</sup> alla vita al tempo della morte del de cuius; si contenta dello stato embrionale, basta che una per<sup>sona</sup> sia concepita. Eppure il concepito non è persona non è uomo. Può venire alla luce vivo e vitale, ma può anche essere estratto dal seno materno morto. Epp<sup>ur</sup>e la legge presiedendo la possibilità che, venendo alla luce, nasca vivo e vitale, lo considera capace di succedere. Ora che si ha quando una persona ha<sup>ve</sup>nia il patrimonio ad ente da erigere? Al momen<sup>to</sup> della morte del testatore si trova che quest'ente sussiste nello stato embrionale. Difatti che cosa



Bisogna per far sussistere una fondazione? L'elemento di fatto e l'elemento di diritto. L'elemento di fatto è costituito dal patrimonio, dallo scopo e dalla collettività di persone interessate. A tutto questo poi si aggiunge il riconoscimento dello Stato. Ora quando muore il testatore che ha lasciato il suo patrimonio per una fondazione, la persona giuridica è nello stato embrionale in quanto il patrimonio c'è, lo scopo c'è, non manca la classe di persone interessate per il raggiungimento di questo scopo; vi sono tutti gli elementi di fatto per l'esistenza della persona giuridica e quindi si ha una condizione analoga a quella d'una persona istituita, crede che sia soltanto concepita. Se la legge pose il principio che per le persone fisiche "conceptus pronatus habetur", per coerenza logica dobbiamo ammettere lo stesso principio per le persone giuridiche; dimodochè come la legge per le persone fisiche non volle la vita completa e si contentò di una vita iniziale, così per le persone giuridiche basta che siano nello stato embrionale al momento in cui il testatore muore, perchè siano capaci di succedere. Si obietta però da altri che essendo il principio "conceptus pronatus habetur", un'eccezione di legge, questa eccezione deve mantenersi nei limiti della legge e quindi non si può applicare alle persone giuridiche. Ma oggi questa questione si può fare per mero ricordo storico, perchè la legge 17 luglio 1890 sulle opere di beneficenza la ha risolta tassativamente. Nel



l' art° 84 di questa legge si dice, che quando un notaio che redige un testamento pubblico o pure apre un testamento depositato presso di lui vede che si contengono disposizioni che in modo diretto o indiretto tendono a fondare nuovi istituti di beneficenza, egli deve avvisare il Sindaco, e questo la Congregazione di Carità, la quale prenderà i provvedimenti opportuni perché l' ente sia riconosciuto dal Governo. E nella relazione il senatore Calenda dichiarò che nell' art° 54 si adopera la frase "in modo diretto o indiretto", per eliminare appunto l' antica questione, se le disposizioni fatte in modo diretto per far sorgere una nuova fondazione, fossero disposizioni valide. Così s' è dato un altro strappo al vecchio principio romano che non ha un valore razionale, ma storico, in quanto si possono istituire dei successori che non hanno ancora esistenza perfetta, completa al tempo della morte del *de cuius*.

Può darsi l' altro caso, che al tempo della morte di una persona sussista di fatto un ente che non abbia avuto ancora riconoscimento dallo stato. Mettiamo che un Catanese generoso lasci il patrimonio in favore dell' ospizio degli orfanelli esistente nella Barriera del Bosco, ospizio che non è stato ancora riconosciuto dallo stato. Può questo Catanese lasciare o no il suo patrimonio all' ospizio? Questa ipotesi è differente dalla precedente: nella ipotesi studiata il testatore stesso metteva la base del nuovo ente, mentre qui abbiamo un' altra ipotesi, cioè che le basi dell' ente sono già poste ed il testatore lo voglia



Beneficare come se avesse completa personalità giuridica  
 Che dobbiamo decidere? Ragioni logiche e giuridiche ci  
 consigliano la soluzione identica del caso precedente. Se è  
 valida la disposizione fatta in favore di un ente che  
 ancora non ha funzionato praticamente, o tanto maggior  
 ragione deve dirsi valida la disposizione in favore di un  
 ente il quale ha già avuto le sue basi. Ci pare strana  
 l'opinione del Galba e del Taciti. Mammari, i quali, man-  
 tre ritengono valida la disposizione in favore di una fon-  
 dazione da erigere, ritengono poi invalida la disposizione  
 in favore di una fondazione già esistente di fatto. Que-  
 sti autori dissero che quando una persona lascia il suo  
 patrimonio per erigere una fondazione, ha la piena coscien-  
 za di ciò che fa; invece quando il testatore nomina  
 erede o legatario un ente sussistente in fatto, può essere  
 indotto dalla falsa credenza che abbia piena capacità  
 giuridica, ed è perciò che la disposizione è nulla. Noi  
 però osserviamo che non basta la semplice possibilità  
 dell'errore per rendere nulla la disposizione testamen-  
 taria, ma occorre la prova dell'errore; e dippiù, ancora,  
 non basta provare che vi fu errore, ma per le dispo-  
 sizioni del nostro codice (art. 828) bisogna provare che  
 l'errore fu la causa unica o principale della dispo-  
 sizione. Quindi poniamo pure che una persona anche  
 dotta in materia di diritto, vedendo che l'ospizio esiste  
 e funziona, creda erroneamente che sia persona giuridi-  
 ca e lascia ad esso il suo patrimonio, bisognerà sem-  
 pre indagare se tale errore fu causa unica o prin-



cipale della sua determinazione. Se ciò non riesce provato, la disposizione è valida. E poi è sempre questione di fatto vedere se l'errore si sia o no; a priori non si può dire che solo perché una persona ha beneficiato un ente esistente di fatto sia in errore. Però quando questo caso si verifica, la disposizione, notate, deve intendersi fatta sotto la condizione che l'ente acquisti personalità giuridica. Non è necessario, come vogliono gli autori francesi, che il testatore opponga questa condizione nel suo testamento, si presume che egli abbia voluto beneficiare quest'ente in modo efficace e quindi sotto la condizione che esso venga riconosciuto come persona giuridica, di modo che se l'ente non venga posteriormente riconosciuto, il lascito si avrà come nullo, perché questo ente di fatto in tanto può avere capacità a succedere, in quanto sia pure in tempo posteriore, abbia il riconoscimento dello Stato.

Terra ipotesi: una persona lascia il suo patrimonio o parte di esso all'ospedale che sarà per essere fondato dal Municipio di Catania in qualsiasi tempo. È valida questa disposizione o no? Evidentemente è nulla, perché mancano gli estremi di fatto che concorrono a giustificare la risoluzione accolta nelle precedenti ipotesi. Nella prima ipotesi, l'ente si trovava nello stato embrionale, nel secondo caso l'ente funzionava e aveva esistenza pratica; nel terzo caso invece abbiamo che il testatore vuole beneficiare un ente che non intende fondare, e che non ha al tempo di sua morte, nemmeno esistenza di fatto, ma che potrà aver-



la o no in un tempo lontano ad arbitrio di altra persona. Abbiamo così incertezza assoluta della persona e quindi in questo caso dobbiamo ritenere nulla la disposizione.

Ultima ipotesi: il testatore beneficia una associazione, la quale non può avere mai diritto al riconoscimento dello Stato, per es: una corporazione religiosa monastica. Simile disposizione è nulla in generale, perchè sebbene di fatto sussiste l'ente, pure quest'ente non potrà mai avere capacità giuridica. In un solo caso la disposizione potrebbe essere valida, quando il testatore in modo esplicito o implicito, volendo beneficiare l'ente beneficasse in realtà i singoli soci, di modo che tutti quanti i componenti la corporazione non riconosciuta dallo Stato abbiano il loro diritto alla successione per una quota parte. Così fanno molti per beneficiare una corporazione soppressa; o fanno un lascito in favore del capo di questa corporazione, oppure nominano tutti i singoli formanti parte dell'associazione, perchè tutti i singoli possano come persone fisiche avere diritto a succedere, ancorchè facciano servire il patrimonio acquistato per gli scopi dell'associazione.

---



## Lezione VI<sup>a</sup>

### Secondario

Il terzo requisito dell' eredità: la vocazione ereditaria, i patti successori. Indole - Specie - Cenni storici - Ragione del divieto. Condizioni perché vi sia un patto successorio - Eccezioni indirette. Diritto transitorio. Internazionalismo privato. Differenza tra i patti successori e la devoluzione causa mortis.

Oltre la morte di una persona e la esistenza di una altra che deve succederle, occorre un altro requisito per la devoluzione dell' eredità: la cosiddetta vocazione ereditaria. In che consiste? Essa non è altro che il titolo o fondamento giuridico per cui una persona può pretendere la successione d' un defunto. Non è perciò da confondersi con la devoluzione, come molti fanno: la devoluzione presuppone la vocazione, di cui costituisce una conseguenza, perché allora può aver luogo la devoluzione di una eredità in favore di una persona, quando questa abbia per sé la vocazione, abbia cioè il titolo per succedere. Per il diritto nostro due sono le specie di vocazione ereditaria: la legale e la testamentaria; giacché non si può essere erede se non in virtù di legge o di testamento. Si può succedere o per dichiarazione di ultima volontà (successione testamentaria) o senza tale volontà (successione legittima propriamente detta) o anche contro tale volontà (successione necessaria).



Ma tanto nel caso che si ha il diritto di successione, in mancanza di testamento, quanto nel caso che pur esistendo il testamento e non essendo in esso contemplati si ha il diritto alla quota di legittima o di riserva, la vocazione ereditaria è sempre legale. La legge in un caso si sostituisce alla mancante volontà dell'uomo; nell'altro le si impone in maniera coattiva. Oltre la vocazione ereditaria legale e testamentaria, la legge nostra non conosce quella che si potrebbe dire pattizia, la quale pur venne riconosciuta in altre legislazioni. Però ciononostante è utile spiegare in che essa consiste, studiando l'indole e gli effetti dei condetti patti successori o contratti ereditari. Conformemente al principio: *viventi non datur hereditas*, i patti successori sono vietati. Patti successori son tutte le convenzioni che hanno per oggetto una eredità futura. Se ne distinguono tre specie: i patti d'istituzione, detti anche patti successori confirmativi: patti rinunciatori e patti dispositivi. La prima specie ha per oggetto l'eredità di uno dei due contraenti; la seconda quella di un contraente o di una persona estranea: l'ultima riguarda sempre l'eredità di un terzo. I patti d'istituzione non sono altro che un testamento irrevocabile in forma di contratto. Essi non contengono una semplice promessa di istituire in futuro: ma la concessione attuale del diritto ad avere l'eredità: sono insomma una istituzione di erede collegata alla rinuncia del diritto di revoca. (I patti di istituzione sono antichissimi: anzi storicamente si può dire che da





loro sia sotto il testamento stesso. In Grecia l'istituto di a-  
donione teneva luogo di testamento, quindi valeva come  
patto successorio. In Roma il testamento per *aes et libram*  
aveva forma contrattuale e nel diritto germanico perché suc-  
cedessero persone che non erano parenti, c'era l'istituto  
dell'affatomia). I patti d'istituzione hanno luogo tra la  
persona che deve succedere e quella a cui si deve suc-  
cedere.

I patti rinunciativi o rinunzie a eredità future, sono  
quelli in cui una persona che presuntivamente ha di-  
ritto di successione ne fa rinunzia o con colui al qua-  
le dovrebbe succedere o con altri che succederebbe in  
sua vece. Patti dispositivi sono quelli con cui si dispo-  
ne di una eredità futura, cioè si dona, si vende, ecc.,  
a favore di un estraneo.

Il Diritto romano proibì assolutamente i patti d'isti-  
tuzione. Quale la ragione? Secondo alcuni sarebbe stata  
quella di evitare il *voluntatem captandae mortis*, il *voluntatem*  
*corvinum*, detto così perché quelli che aspiravano al-  
l'eredità, desideravano come i corvi di vedere cadave-  
re la persona a cui dovean succedere, e ciò per i  
corrotti costumi di Roma repubblicana, in cui, come  
attestano poeti satirici e comici, avvennero gravi delit-  
ti, uccisioni e venefinì per poter presto impossessarsi  
di una eredità. Ma forse la ragione giuridica preva-  
lente che mosse i Romani a quel divieto fu la li-  
bertà della testamenti factio, la quale secondo Ulpia-  
no *juris publici est*, e quindi non è derogabile dal-



la volontà privata. Però è da notare che il Diritto romano faceva una eccezione pel testamento dei militari, perchè il diritto dei militari era in tutto privilegiato e non costretto dalle pactioni dell' *jus civile*. Una novella dell' imperatore Leone stabilì la validità del patto di istituzione, nel caso che fosse assicurata un' eguale porzione ai germani del figlio istituito. Però questa novella non fece parte della compilazione giustinianea, quindi perdette vigore di legge. Riguardo ai patti rinunciativi il Diritto romano, li proibiva anche espressamente e in modo assoluto. Per i patti dispositivi invece li permetteva se avessero per oggetto la eredità di persona indeterminata, oppure anche di persona determinata, quando questa vi acconsentisse. Solo però essa non restava obbligata a trasmettere l'eredità. Se la persona era determinata e non vi aveva apprestato il suo consenso, non solo il contratto era nullo, ma anche l'eredità deferita a quello che ne aveva preventivamente disposto per contratto, gli era tolta come ad indegno, perchè egli *adversus bonos mores et contra jus gentium festinavit*, perchè è cosa indegna essere *solicitum de vivi haereditate*.

Nel Diritto Medioevale italiano i patti d' istituzione non furono ammessi; però furono riconosciuti i rinunciativi, specie in occasione di matrimonio, per favorire il sesso maschile e per i principi monastici della povertà; onde il monaco entrando nella vita religiosa rinunciava alla successione che gli spettava.



Il Diritto germanico invece non tiene conto dei primi pi romani e ammise la validità dei patti successori senza distinzione alcuna. Nel Diritto consuetudinario francese, al contrario, come attesta Pothier, erano ammessi i patti successori solo nel contratto di matrimonio o rinunciatori che di istituzione. 1°) Ordinariamente le figlie rinunciavano nel loro contratto di matrimonio in corrispettivo della dote che veniva loro costituita alla successione dei genitori che li costituivano, a favore dei loro fratelli o del fratello maggiore solamente.

2°) Il Diritto consuetudinario francese non ammetteva istituzione di erede perché *haeredes Deus solus facere potest*, pur nondimeno in favore del contratto di matrimonio acconsentiva che potesse aver luogo una volontaria istituzione di erede per atto contrattuale. E perciò tale patto successorio fu chiamato istituzione contrattuale, non che che per se stesso potrebbe applicarsi a tutte le istituzioni avvenute per patti, ma che dai giuristi francesi era dato solo a quelli che avevano luogo nel contratto di matrimonio, perché solo in questo caso era possibile un'istituzione di erede, mentre in tutti gli altri *haeredes nascuntur non scribuntur*.

Nel Codice Napoleone se fu proibita la rinuncia all'eredità anche nel contratto di matrimonio (art. 5369) fu però permessa l'istituzione contrattuale che fu concepita quale la definisce Pothier come « una donazione che qualcuno (cioè ascendente non solo, ma anche un parente qualunque o anche un estraneo) fa



della successione in tutto o in parte ad uno degli sposi o ai figli che nasceranno dal matrimonio futuro» (Art. 1082 C.C.) Cf. Potbier Statuti d'Orleans, ap. all'Intro. dur. tit. XVII n 17) La istituzione per contratto essendo una donazione che l'istituente fa della sua successione alle persone istituite, e scopo di essa essendo il rendere la persona istituita erede dello istituyente, ne segue che non si può effettuare che alla morte dell'istituente e diviene caduca qualora la persona istituita muoia prima di lui. Il Codice Napoletano (art. 1038) ammise anch'esso la istituzione contrattuale in questo senso specifico. Invece il Codice Italiano ha abolito tutti i patti successori tornando non solo ai principi del Diritto romano, ma estendo ancora più rigoroso. Infatti non solo proibisce i patti d'istituzione, ma nemmeno ammette, come il Cod. Nap. la istituzione contrattuale a causa del matrimonio, non solo proibisce i patti rinunziativi, ma anche i dispositivi, quando anche riferiscano a eredità di persone indeterminate, e la persona della cui eredità si tratta abbia prestato il suo consenso. (Cf art. 1338-1380-1460-154)

Quali le ragioni del divieto? Per i patti d'istituzione la ragione del *sotum corvium* è poco seria: la possibilità del *sotum captandae mortis* si riscontra anche in altri casi: anche la rendita vitalizia, anche le assicurazioni sulla vita, anche le donazioni tra vivi, la cui esecuzione sia differita alla morte possono importare quel *sotum*, eppure non sono



atti proibiti. La libertà di testare non ha quel valore di diritto pubblico che aveva a Roma, e poi se la libertà di testare viene ad essere limitata, ne guadagna viceversa la libertà di contrattare. Il divieto di pacta dispositiva viene sorretto dalla ragione della lesione che è inerente a tale negozio giuridico. Perché la grandezza della lesione dipende da tre circostanze: 1° dalla durata della vita del *de cuius*; 2° dal fatto che il presunto erede in realtà può non essere tale; 3° dagli aumenti o diminuzioni del patrimonio del *de cuius*. Ma nemmeno tale ragione è sufficiente, perché la lesione è inerente a tutti i contratti aleatori, e ciò senza il rimedio della rescissione, rimedio che l'equità reclamerebbe. Finalmente solo il divieto dei patti successoriali può essere giustificato in quanto tende a mutar l'ordine di successione stabilito dalla legge, che è di diritto pubblico, e a far restare i beni in una famiglia o a creare così un vincolo sui beni e una specie di inamovibilità. Per tali ragioni filosofi del diritto come Bolome e Rosmini e giuristi come Giorgi, Cimbali, Filomusi Guelfi, non riconoscono giustificato innanzi a principi di ragione e di pratica utilità il divieto dei patti successori. E invero le ragioni che il Pisanelli addusse nella Relazione al Senato sono ben lievi e di nessuna importanza. Egli addusse per ragione principale che altrimenti la proprietà rimarrebbe incerta e precaria, il credito immobiliare ne sentirebbe offesa, e tutto il sistema



ipotecario sarebbe turbato e scosso, e poi che si metterebbe un limite alla libertà di testare. Ma contro il Bianelli s'osserva che non vi è paese in cui la pubblicità dei rapporti fondiari sia meglio ordinata, che in Germania; eppure ivi è riconosciuta la validità dei patti successori. Si sarebbe potuto ovviare richiedendo la trascrizione del patto successorio. Su quanto alla libertà di testare, essa soffre tante limitazioni che questa non sarebbe la più gravosa. Perciò crediamo che bene abbia fatto il Cod. Civ. Germanico, ad ammettere la validità dei patti successori senza limite alcuno, anche dei patti rinunciativi; (§ 2346 e seg) ed in ciò ha seguito la tradizione germanistica, abbandonando quella del Diritto romano.

Le condizioni del patto successorio sono tre: 1°) che la convenzione sia fatta prima dell'apertura della successione di cui si tratta; 2°) che la cosa oggetto del contratto debba prendersi dalla successione medesima; 3°) che sia considerata come una cosa che debba appartenere al promissario successore causa. La prima condizione è necessaria, perché a rendere illegale la convenzione non basta l'intenzione delle parti, se questa non corrisponde al fatto: come in caso che la successione è già aperta e i contraenti non sapendo la considerano come futura. La seconda perché se la cosa non appartiene all'eredità, ma è già fuori di essa, manca la ragione del divieto, come per es. nell'ipotesi di alienazione di cosa



che ci spetti per donazione la quale avrà esecuzione alla morte di una persona. Finalmente per la terza condizione non si ha patto successorio, qualora si ha diritto ad avere una cosa al tempo della morte, non già a titolo di erede o di legatario, ma per diritto di credito già acquistato per titolo diverso, come appunto nella ipotesi di donazione da avere effetto al tempo della morte.

Si ha patto successorio ogni volta che l'oggetto sia donato a titolo di credito o legato, consista in tutto il patrimonio, in una quota parte o in un oggetto singolo. Ma è necessaria la mala fede, ossia la scienza che esistono quelle tre condizioni? No, ancorchè si sia buona fede, il patto è illecito. Ma se manca alcuna di quelle condizioni e si sia la intenzione di fare un patto successorio sarà illecita la convenzione? No, perchè allora non si ha un patto intorno a successione futura, la intenzione che non avendo effettuazione non cade nel dominio del diritto.

Il codice nostro in conformità dei principii esposti ha proibito anche quelle convenzioni che potrebbero mascherare un patto di successione futura. E ciò sono proibite le donazioni di beni futuri (Art. 1064) Nella società universale non si può pattuire di rendere comune la proprietà dei beni futuri (Artic. 1701).

Vi sono però, nella nostra legge, delle eccezioni



indirette al principio del divieto dei patti successori.  
Di patti d'istituzione v'è un'eccezione nella divisione fatta da un ascendente tra i propri discendenti. La quale divisione può aver luogo non solo nella forma di testamento, ma anche in quella di atto tra vivi, donazione. Ragioni sono l'evitare le discordie tra i figli « ut a paterno certamine eos praeservent, et occasiones litium dirimantur » il risparmio delle spese di divisione.

Di patti di rinuncia si può rammentare un'eccezione nello art° 811 il quale dispone che non si può domandare l'imputazione o collazione dei beni alienati o un legittimatario a capitale perduto o con riserva d'usufrutto da quelli dei legittimari che abbiano dato il loro assenso all'alienazione. Vi è dunque qui un'implicita rinuncia alla collazione e quindi un'implicita rinuncia alla cosa che per diritto di successione sarebbe spettata.

Di patti di disposizione recano eccezione le norme che riguardano gli eredi presuntivi dell'assente nel periodo dell'immissione temporanea. Essi possono amministrare, percepire le rendite ed alienare sotto certe formalità. Quindi per conseguire questi scopi han facoltà di venir tra loro a divisioni e transazioni per ciò che riguarda l'amministrazione e la percezione delle rendite. Però non possono transigere o alienare in favore



di terra persone i beni ereditari, perchè non ancora immessi nel possesso definitivo. Finalmente le renzioni sono anche la comunione tra i coniugi e la società universale, solo però riguardo al godimento dei beni futuri, la costituzione di dote su beni futuri; in questi casi deve ritenersi che si abbia riguardo alla successione di persona indeterminata. Suppongasi ora un contratto che ha per oggetto una successione aperta, e nel tempo stesso un'eredità futura, esso come si dovrà ritenere valido o nullo? Gli autori distinguono: se il contratto è gratuito sarà valido in parte, cioè rispetto alla successione aperta soltanto. Se invece è oneroso, bisogna vedere se il corrispettivo possa o no scindersi, come se siasi pattuito un prezzo diverso per le due eredità: in tale ipotesi tutto si riduce a questione di fatto. I patti successori, compiuti sotto la legislazione precedente che li riconosceva come validi, sono validi ancorchè la successione siasi aperta sotto l'impero della nuova legge che non li riconosce. Così è stato deciso per le istituzioni contrattuali. Art. 27. E ciò è giusto, perchè altrimenti la legge nuova avrebbe avuta efficacia retroattiva su fatti già validamente compiuti. Solo per le rinunce le disposizioni transitorie hanno stabilito che la nuova legge si applica ad esse retroattivamente (Art. 22).

I patti successori compiuti da uno straniero,



e sopra eredità di uno straniero, la cui legge nazionale li ritiene validi, debbono essere riconosciuti validi anche in Italia ancorchè qui si apra la successione dello straniero. (art. 8 disp. prel.) Infine per completare l'argomento è utile notare come non siano da confondersi coi patti successori, benchè taluni scrittori antichi le abbiano confuse, le *donationes mortis causa*. La *donatione causa mortis* era in Diritto romano una *donatione* determinata dalla *contemplatio mortis*, e che quindi aveva efficacia subordinata alla premorienza del donante, il quale inoltre ne poteva esercitare validamente il diritto di revoca. È manifesto quindi come la *donatione causa mortis* non possa confondersi col patto successorio. Perché, come assertiva già il Pothier, il patto d'istituzione è piuttosto *donatione* tra vivi che *mortis causa*, in quanto che il diritto è irrevocabilmente acquistato dal momento della consensazione: l'istituente non ha nessun diritto di revoca come il donante. E che siano istituti differenti, lo prova il fatto che nel Diritto romano era permessa la *donatione causa mortis* e non l'istituzione contrattuale, nel diritto consuetudinario francese era permessa l'istituzione contrattuale non la *donatione mortis causa*. Dunque non si può dire che nel diritto nostro la *donatione causa mortis* sia proibita, perchè patto successorio. La ragione della proibizione è ben diversa e si deve ricercare nel diritto con-



suetudinario francese. Gli statuti di Parigi (art<sup>o</sup> 273 e d'Orleans art<sup>o</sup> 383) formularono la massima: «donare e ritenere non vale» Il donare e il ritenere ha luogo quando il donante si è riservata la facoltà di disporre liberamente della cosa donata o che ne rimanga proprietario fino alla morte. Quindi il principio che si trova negli stessi Statuti: «Donation a cause de mort ne vaut rien» (art<sup>o</sup> 160 De la coutume de Blois). Perciò gli Statuti consideravano nulla anche la donazione fatta da chi si trovasse affetto da malattia mortale, perchè si presumeva fatta mortis causa.

Ora, avendo il nostro codice accolto implicitamente il principio «donare e ritenere non vale» ne segue che ha proibito anche la donazione mortis causa come contraddittoria ad esso. Il codice infatti definisce la donazione come «atto di spontanea liberalità col quale il donante si spoglia attualmente e irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta» (art<sup>o</sup> 1055); mentre la donazione causa mortis manca appunto dei caratteri dell'attualità e della irrevocabilità.



## Lezione VII<sup>a</sup>

### Donazione

Acquisto dell' eredità - I vari sistemi legislativi. La massima "il morto impossessa il vivo,, ne' vari periodi storici - Le varie opinioni intorno al sistema seguito dal cod. civ. ital. - Valore di quella massima nel nostro codice. Conseguenze

Dopo aver parlato dei presupposti della eredità, bisogna discorrere dell' acquisto dell' eredità. Come, e in qual tempo si acquista l' eredità? Vi sono a proposito vari sistemi, seguiti dalle varie legislazioni. I sistemi sono tre: 1° Acquisto dell' eredità ipso jure, cioè acquisto per lo stesso fatto dell' apertura della successione senza bisogno di speciale dichiarazione da parte dell' erede; 2° Acquisto mediante l' accettazione, cioè dichiarazione di volontà da parte dell' erede; 3° Acquisto mediante la dichiarazione giudiziarie ossia il decreto del magistrato che innette nel possesso dell' eredità. Tutti questi tre sistemi furono seguiti nel Diritto romano a seconda i vari casi. L' acquisto ipso jure ebbe luogo per gli haeredes sui et necessarii, i quali acquistavano l' eredità ipso jure, per il solo fatto della morte del de cuius, senza bisogno di speciale dichiarazione. Il sistema dell' accettazione (aditio), fu seguito anche nel Diritto romano per tutti quegli eredi che non



avessero carattere di sui, e che perciò non potevano acquistare l'eredità se non manifestando la loro volontà; il terzo sistema fu accolto nel Diritto romano per i casi di successione non considerati dal *jus civile*, ma dal diritto pretorio, cioè quelli in cui si aveva la *bonorum possessio*. Nel Diritto Giustiniano scomparve la distinzione tra la *hereditas* e la *bonorum possessio*, e il sistema generalmente seguito fu quello dell'accettazione, della *aditio hereditatis*. Nel diritto moderno le varie legislazioni seguono questi vari sistemi, non tutti e tre cumulativamente, ma ciascuna legislazione ha adottato un diverso sistema. Nel Codice Francese ed anche nel Codice civile Germanico si segue il principio dell'acquisto *ipso jure*, cioè l'acquisto si verifica nel momento stesso dell'apertura della successione, senza bisogno dell'atto di accettazione; nel Codice Sassone abitato dal Codice civile Germanico era seguito il sistema dell'accettazione; nel Codice Austriaco si segue il sistema della dichiarazione giudiziarie, ossia è necessario il decreto del magistrato perché lo erede possa acquistare l'eredità. Qual'è il sistema seguito dal codice nostro? Per rispondere a questa domanda, tutt'altro che facile bisogna fare brevemente la storia dell'acquisto dell'eredità nel medio-evo, nelle consuetudini francesi per venire nel codice nostro.

Nel medio-evo prevalse la massima, sconosciuta



nel Diritto romano «il morto impossessa il vivo».

Qual' è il significato di questa massima? Ebbe essa un significato costante o ebbe un significato diverso secondo i diversi periodi di tempo? Quale influenza ebbe sul codice Napoleonico e quindi sul codice nostro? Veramente gli storici del diritto sono discordi tra loro nell'assegnare le origini di questa massima e nel valutarne il significato. Però dalla fissazione del significato di essa dipendono delle conseguenze pratiche e quindi è importante vedere se i nostri codici che l'hanno riprodotta, la intesero riprodurre nel suo significato letterale, riferendosi alla trasmissione della proprietà; ossia se con essa si intende significare che a favore dell'erede c'è un possesso fittizio, oppure se in favore dell'erede, in base appunto a quella massima, si trasmette anche la proprietà ipso jure. Questa massima pare sorta nel Diritto Germanico antico, in cui aveva un significato del tutto naturale e semplice. Nel Diritto Germanico antichissimo non c'era proprietà vera e propria, ma c'era la cosiddetta *Gewere*, che non si può confondere né col possesso romano, né col la proprietà; era un titolo misto che aveva del possesso e della proprietà, era un possesso a cui si aveva diritto, non un semplice possesso di fatto, ma un possesso per così dire di diritto. Inoltre questa *Gewere* non apparteneva all'individuo come tale, ma al gruppo familiare, onde morendo una per-



sona del gruppo le altre non facevano un acquisto nuovo, in quando quella specie di proprietà risiedeva precedentemente in loro, e quindi esse si trovavano nel possesso delle cose ereditarie senza bisogno di compiere alcun atto speciale né di presa di possesso materiale, né di dichiarazione di volontà. Riguardo nel Diritto Germanico la vera comproprietà di famiglia, la vera proprietà collettiva, la morte di uno del gruppo non importava un vero e proprio trasferimento di questa proprietà ad altri, importava unicamente d'uno dei soggetti e perciò semplice estensione dell'esercizio del diritto che già si aveva. Perciò ove uno morisse, si poteva dire benissimo che il possesso passava dal morto al vivo senza bisogno di alcuna materiale apprensione, di atto giuridico speciale, perché l'erede si trovava già ad avere il diritto, e non faceva un nuovo acquisto. Scomparsa la proprietà collettiva della famiglia, negli stessi popoli germanici, la massima "il morto impossessa il vivo", che nel diritto anteriore antichissimo poteva servire ad indicare appunto quel fatto semplice, naturale che abbiamo spiegato, incominciò ad avere un altro valore. Siccome la proprietà più non risiedeva nel gruppo familiare, ma nell'individuo la massima "il morto impossessa il vivo", valse, almeno secondo le indagini storiche ultime, a denotare un fatto anche semplice, cioè che l'erede poteva immettersi nel possesso delle cose ereditarie.



ditarie senza bisogno di nessuna forma solenne di pubblicità. Dovete sapere che per acquistare un diritto nel medio-evo c'era bisogno di forme solenni, le quali dovevano osservarsi quando il possessore o la proprietà si trasmetteva per atto tra vivi; ma non essendo esse necessarie per la successione causa mortis, si spiegò, o meglio, si esprime una tale differenza con la frase immaginosa e pittoresca "il morto impadroniva il vivo", che così valse soltanto a significare il fatto che l'erede poteva immettersi nel possesso senza bisogno di alcuna formalità legale. Contenuta la massima in questo significato, non apporta niente di nuovo nel Diritto romano l'erede poteva immettersi nel possesso, senza bisogno di formalità solenni, salvo il caso in cui bisognava la inmissione nel possesso del Pretore. La massima incominciò veramente a mutare significato quando fu applicata al diritto feudale. Per principio del Diritto feudale c'era bisogno ad ogni passaggio di feudo da una persona ad un'altra, della investitura del Signore. L'investitura era quella che faceva passare il diritto sul feudo. Questa investitura non solo consisteva in formalità solenni, ma importava l'obbligo di pagare una tassa di successione detta di relevio. Applicando alle trasmissioni del feudo, mortis causa, la massima di diritto civile "il morto impadroniva il vivo", i giuristi vennero ad ottenere la conseguenza pra-



tica importante di non assoggettare l'erede alla  
 formalità dell' investitura e di liberarlo così dal  
 pagamento della tassa. Perché, dissero, se il mor-  
 to stesso impo<sup>s</sup>se il vivo, nessun bisogno c'è  
 dell' investitura e nessun bisogno quindi di pagare  
 la tassa per mutamento di proprietà, perché il pas-  
 saggio è avvenuto nel momento stesso della mor-  
 te. Così quella massima che per se stessa aveva  
 un significato innocuo, poco importante, trasferita  
 dal diritto civile al feudale, pur restando tale e  
 quale nella sua formula esteriore, ricevette un si-  
 gnificato sostanziale diverso, in quanto mentre nel  
 diritto civile significava solo che l'erede poteva  
 immettersi nel possesso senza forme solenni, nel  
 secondo caso venne a significare non solo che il  
 possesso passava di diritto dal defunto all'erede  
 ma che passava il diritto stesso sul feudo, sen-  
 za nuova investitura. Quando questa massima in-  
 cominciò ad avere uguale importanza nel di-  
 ritto civile? È dubbio. Il fatto però è questo che  
 leggendo le opere del Potier, del Lebrun, del Ro-  
 mot, che trattarono del diritto consuetudinario  
 francese, si vede che costoro interpretarono la mas-  
 sima "il morto impo<sup>s</sup>se il vivo", che si tro-  
 va nelle consuetudini francesi, nel senso che ad  
 essa venne dato dal diritto feudale; e dissero che  
 significava non solo il possesso trasmettersi di di-  
 ritto dalla persona del defunto a quella dello



erede, di modo che l'erede non ha bisogno di fare alcun atto materiale di possesso per potersi ritenere possessore; ma qualche cosa di più cioè la proprietà stessa delle cose ereditarie, tutti i diritti ereditari, l'eredità in una sola parola trasmettersi ipso jure nel momento della morte, senza bisogno di alcun atto speciale di accettazione. Il Pothier specialmente, confrontando il diritto consuetudinario francese col Diritto romano dice, che mentre nel Diritto romano l'eredità si acquistava soltanto coll' accettazione, nel diritto consuetudinario francese si acquista ipso jure in base alla massima « il morto impadronisce il vivo ». Inoltre il Pothier illustrando questa massima dice che essa significa che il morto, ossia la persona della cui successione si tratta, impadronisce, ossia si reputa che trasmette all'erede tutti i suoi diritti, tutte le sue azioni, e le sue obbligazioni, di modo che il vivo, ossia l'erede, chiamato a succedere, diventa proprietario dei beni, creditore dei crediti, debitore dei debiti del defunto, senza bisogno di atto speciale, di dichiarazione di volontà o di immessione nel possesso. Questa è la opinione del Pothier seguita da altri e che precedette la formazione del Codice Francese. Su questo il legislatore sanzionò la vecchia massima, ma non spiegò il significato di essa. Quale significato ha questa massima nel Codice Francese?



Gli stessi autori francesi sono discordi. La maggioranza sostiene giustamente che il codice Francese sebbene parli di possesso, pure intenda parlare di trasmissione della stessa proprietà e di trasmissione del diritto e ciò in base all'opinione del Pothier il quale così intendeva la massima. Altri sottilizzando dicono che quando il codice sancisce il principio che il possesso passa dal defunto all'erede intese parlare di possesso, nel suo significato tecnico. E ve-  
no, dicono costoro, che il Pothier intese diversamente quella massima, ma il Pothier non aveva bene studiato la storia, perché studiando questa si vede che la massima non ebbe il significato di fare trasferire la proprietà dalla persona del defunto all'erede, ma riguardo la trasmissione del possesso soltanto senza materiale apprensione. Benissimo il possesso può passare, ma da ciò non si può desumere che passi anche la proprietà ipso jure. Però anche questi autori che così ragionano, ammettono che la proprietà di beni ereditari si trasmetta di diritto dal defunto all'erede, ma ciò essi non fanno derivare dall'art. del codice in cui si parla di passaggio del possesso, ma dai principi generali e dalla tradizione storica. In fondo non si fa che una questione di parole non di sostanza. Invece questione di sostanza si fa per il codice nostro. Il nostro codice seguendo l'esempio del codice



Francese e di tutti gli antichi codici Italiani dispone nell'art° 925 che il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede senza bisogno di materiale apprensione. Come si deve interpretare quest'art°? Da questo art° si può desumere che l'eredità si acquista ipso jure, non ostante che il codice parla di possesso, oppure bisogna limitare il significato di esso al solo possesso? E se anche si voglia limitare al solo possesso, in qual momento passa questo singolare, al momento dell'apertura dell'eredità, oppure al momento dell'accettazione?

In Italia sono tre le opinioni che dividansi il campo. Alcuni dicono che dal nostro codice si è seguito il sistema del Diritto romano, cioè che l'eredità si acquista con l'accettazione ed al tempo dell'accettazione non solo si trasmettono tutti i diritti che aveva il defunto, ma si trasmette anche il possesso. Cosicché la massima sancita nell'art° 925 non apporterebbe altro che un'eccezione ai principi generali, per cui il possesso per se stesso è intransmissibile, onde per acquistarlo ci vuole il fatto proprio del possessore, ma non significa altro. E' altra opinione è che prima dell'accettazione si acquista il possesso, non la proprietà, non il diritto; prima dell'accettazione per il solo fatto dell'apertura dell'eredità, l'erede è immesso per legge nel possesso delle cose ereditarie, ma la proprietà dei beni o il diritto sull'eredità non si acqui-



sta che al momento dell' accettazione. La terza opinione è che tanto la proprietà che il possesso si acquistano prima dell' accettazione, cosicchè con l'apertura della successione si trasmettono di diritto la proprietà dei beni, i crediti, le passività, ed anche il possesso delle cose ereditarie, dal defunto all' erede senza che intervenga l' accettazione, la quale ha una funzione diversa. Quale opinione è da seguire? A dire la verità tutte e tre le opinioni hanno il loro fondamento. L' opinione di quelli che dicono che tanto la proprietà che il possesso non s' acquistano che coll' accettazione, si fonda sul significato letterale dell' art° 925. Questi autori sostengono che detto articolo importa soltanto eccezione al principio generale che il possesso si acquista col fatto materiale, che per il possesso si vuole l' apprensione. La legge non dice che questo possesso fittizio che gli antichi giureconsulti chiamavano *possessio ficticia civilissima o artificialis*, si trasmette nel momento della morte, e perciò non è logico fare dire alla legge una cosa che non dice; ma è più logico (seguendo i principi generali del diritto, secondo i quali per acquistare qualsiasi diritto si vuole la volontà di colui che acquista), credere che si acquisti anche il possesso delle cose ereditarie solo quando interviene l' accettazione. E poi ciò è conforme alla tradizione storica. Perché non essendovi nel diritto Italiano la tradizione che c' è in Francia intorno al significato della massima, è più giusto seguire il sistema della



cessità dell' accettarione. Quelli che dicono che prima dell' accettarione si acquista il possesso, non già la proprietà, hanno anche essi le loro ragioni. Non è vero, es si dicono, che il possesso si acquista solo dopo l' accettarione, perchè il contrario si desume da parecchi art<sup>i</sup> del nostro codice e precisamente dagli art<sup>i</sup> 952, 959 e 962. Nell' art<sup>o</sup> 959 il codice suppone che vi sia un erede che non abbia fatto l' accettarione e che sia in via di fare l' accettarione col beneficio dell' inventario e dispone che se questo erede è nel possesso reale dei beni deve compiere la formalità dell' accettarione col beneficio dell' inventario entro un dato periodo di tempo. Ora da questo art<sup>o</sup> si argomenta in contrario che vi può essere un erede il quale non sia nel possesso reale dei beni, ma sia nel possesso fittizio artificiale. Perchè la legge dice: « si trova nel possesso reale dei beni » e perchè il codice nell' art<sup>o</sup> 962 adopera la frase « nel possesso reale dell' eredità » se non per mettere in antitesi il possesso reale col possesso fittizio, di cui parla nell' art<sup>o</sup> 925<sup>o</sup>. La parola reale non si capirebbe se non ammettendo che la legge adopera tale parola perchè vuole mettere in contrapposizione la idea di possesso reale con un altro possesso eccezionale, fittizio, e quindi un erede non ancora accettante, che sia nel possesso reale, con un erede egualmente non accettante, che abbia soltanto il possesso fittizio o legale dei beni ereditari. Ora se questo è vero, argomentando a contrario, se la legge ingiunge un ter-



mine parentorio per l' accettazione quando si è nel  
 possesso reale, è evidente che la legge presuppone che  
 prima dell' accettazione si abbia un possesso ideale.  
 Perciò, dicono questi autori, in base alla lettera della  
 legge non è vero che solo con l' accettazione si acqui-  
 sta tanto la proprietà che il possesso; si acquisterà la  
 proprietà, non già il possesso. La confutazione però di  
 questa seconda opinione è facile, perché come mai si  
 può concepire che con l' apertura dell' eredità passi il  
 possesso dei beni ereditari senza che passi la proprie-  
 tà stessa? Anzi nello stesso Diritto romano in riguar-  
 do agli haeredes sui et necessarii, se si concepiva la  
 trasmissione ipso jure della proprietà, non si conce-  
 piva la possibilità della trasmissione del possesso. Gli  
 haeredes sui et necessarii per avere il possesso delle  
 cose ereditarie dovevano fare atto di materiale appren-  
 sione, perché il possesso è sempre cosa di fatto. Se la  
 legge ha permesso il passaggio ideale del possesso, che  
 per se stesso non potrebbe avvenire, a fortiori ha do-  
 vuto ammettere il passaggio dei diritti stessi; e so-  
 lo così si viene meglio a giustificare il passaggio  
 del possesso, appunto perché è possibile giustificare  
 il passaggio del possesso dal defunto all' erede quan-  
 do si concepisca il possesso come accessorio del di-  
 ritto stesso di proprietà, come diritto che fa parte  
 di quel complesso che si chiama eredità. Più giu-  
 sta è perciò la terza opinione cioè che il passag-  
 gio avvenga ipso jure tanto della proprietà che



del possesso. Perché? Prima di tutto per ragioni storiche. Il codice nostro è modellato sul codice Francese, e non è dubbio, a parte tutte le sottilizzazioni, che il codice Napoleonico con quell'art° in cui dice. il possesso passa di diritto dal defunto all'erede. abbia voluto sanzionare l'opinione del Pothier, allora prevalente. Quell'opinione potrà essere non vera, a noi poco importa; ma importa invece se fu l'opinione che ebbe valore nel momento in cui fu formulato il codice. Se poi, com'è indubitato, nel codice Francese si volle significare con quella massima non già il passaggio del possesso soltanto, ma il passaggio di tutti i beni ereditari, dei diritti, delle azioni, delle obbligazioni; è evidente che anche lo art° 925 del nostro codice si deve interpretare nel medesimo modo. Non si può dire che ciò non sia conforme alla tradizione storica italiana, perché se noi consultiamo gli antichi statuti italiani, troviamo che molti di essi seguivano la massima « il morto non posseda il vivo ». Finalmente un altro argomento in favore della nostra opinione si desume dalla connessione tra l'art° 925 e gli art° precedenti. Nell'art° 923 si parla del momento dell'apertura dell'eredità, nell'art° seguente si parla del requisito della sopravvivenza dell'erede, allo scopo della devoluzione dell'eredità, nell'art° 925 si parla della trasmissione del possesso e tutti questi articoli si trovano sotto il titolo « dell'apertura della successione ».



sicché si deve dire che se il codice avesse voluto far dipendere il possesso dall' accettazione, non sarebbe stato questo il luogo opportuno per parlarne. Oltre questi argomenti d' indole generale, vi sono argomenti d' indole consequenziale. Vi sono nel nostro codice, come nel codice Napoleonico disposizioni che difficilmente si spiegano, non ammettendo il principio del passaggio alla proprietà dal defunto all' erede prima dell' accettazione. Così nell' art° 939 si sancisce come principio generale la trasmissione dell' eredità non ancora accettata. Virio muore e lascia erede Caio, il quale muore prima d' aver accettato. Gli eredi di Caio hanno diritto ad accettare l' eredità non accettata dal loro autore? Sì. Nel Diritto romano valeva invece la regola che la trasmissione della eredità non ancora accettata non era possibile, tranne in quattro casi eccezionali. E ciò, perché l' eredità non si acquistava ipso jure, ma solo coll' accettazione, onde prima di essa il chiamato all' eredità aveva solo il diritto d' accettare, che, essendo considerato come personale, non veniva ad essere trasmesso ai suoi eredi. Invece se pel nostro codice, pur essendo principio generale che soli i diritti patrimoniali si trasmettono, vediamo che l' eredità non ancora accettata si trasmette agli eredi di colui che non l' aveva accettata, vuol dire che il defunto non aveva una semplice facoltà personale, ma qualche cosa di più e precisamente un diritto entrato a



far parte del suo patrimonio. La spiegazione così riesce agevole, senza bisogno di ricorrere a delle sottigliezze, ammettendo il principio dell'acquisto ipso iure dell'eredità senza bisogno dell'accettazione; mentre, invece se si parte dal principio contrario della necessità dell'accettazione il principio sancito nell'art° 999, non si può giustificare che ricorrendo a dei sottileggi, a delle sottigliezze dicendo che il diritto d'accettare pur essendo personale, è reso dalla legge trasmissibile per eccezione ai principi generali. Inoltre si è un argomento molto più serio. Ammesso il principio che l'eredità si trasferisce solo coll'accettazione, ne verrebbe la conseguenza logica che nel periodo intermedio tra la apertura dell'eredità e la sua accettazione l'eredità sarebbe giacente. Invero il caso tipico dell'eredità giacente nel Diritto romano era questo; tra l'apertura e l'accettazione, siccome non si sapeva chi potesse essere l'erede, la legge tutelava questo stato di sospensione coll'istituto dell'eredità giacente. Invece il nostro codice, quando parla dell'eredità giacente contempla tutti gli altri casi fuorché questo, appunto perché nel periodo intermedio tra l'apertura e l'accettazione l'erede c'è, essendosi l'eredità trasmessa di diritto dal defunto allo erede. Il significato perciò dell'art° 995 non deve essere ristretto al passaggio del solo possesso, ma dev'essere esteso fino a comprendere il passaggio della proprietà, dei diritti, delle azioni, delle obbligazioni. Ciò posto,



se bisogna interpretare quest' articolo in senso lato, non bisogna però perdere di vista il senso stretto. Quando il codice dice « il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell' erede senza bisogno di materiale apprensione, intende dire che si trasmette anche il diritto, la proprietà. Ma vi sono dei casi in cui l' erede non ha di diritto il possesso delle cose ereditarie, si potrà dire forse in questo caso che l' eredità non si trasmette in questi casi ipso jure? No; dalla trasmissione del possesso noi possiamo argomentare la trasmissione della proprietà, ma non possiamo fare il ragionamento inverso; e dire che nei casi in cui manca la trasmissione del possesso, ipso jure, manca anche la trasmissione della proprietà. Questo ragionamento sarebbe contro la logica. Se incontriamo un erede che non ha il possesso di diritto delle cose ereditarie, non significa perciò che egli non abbia acquistato la proprietà ipso jure. Se il passaggio del possesso ipso jure non si può spiegare, se non presupponendo anche il passaggio immediato di tutti i diritti che formano il compendio ereditario; viceversa si può comprendere benissimo la trasmissione immediata dei diritti che non trascini seco anche l' acquisto del possesso ipso jure. Il codice Francese enumera molti casi in cui non si ha il possesso dei beni ereditari senza me



leiale apprensione, e ciò avviene per i cosiddetti successori irregolari, ossia i figli naturali, il coniuge superstite, lo Stato. Significa questo che per il codice Francese dette persone che non hanno il possesso fittizio, non abbiano acquistato l'eredità prima dell'accettazione? No. Nel nostro codice rimane traccia di questa anomalia rispetto ai figli naturali. Art° 927 C.C. Mentre tutti gli eredi hanno prima dell'accettazione il possesso dei beni senza bisogno dell'apprensione, i figli naturali non hanno tale possesso, ma debbono richiederlo si figli legittimi con cui concorrono (art° 927); eppure, secondo noi, non può negarsi, che spettando loro la qualità di eredi, non acquistino la loro quota ereditaria ipso iure. Una tale anomalia però non è giustificabile, anche perché il codice nostro non fa la distinzione tra successori regolari ed irregolari. E poi, perché mettere in una diversa posizione i figli naturali rispetto ai figli legittimi? È giusto che i figli naturali abbiano una quota minore ai legittimi, ma non è equo ammettere una tale diversità. Lo stesso legislatore francese concesse il possesso di diritto anche ai figli naturali con la legge speciale del 25 marzo 1896.

Spiegato così il significato generale della massima, bisogna spiegare il significato specifico. Che vuol dire il possesso passa di diritto dalla persona del defunto a quella dell'erede? Che l'erede per il solo fatto che è erede che continua (per usare la frase comune impropria) la persona giuridica del defunto, come sottentra



in tutti i diritti, azioni ed obbligazioni del defunto, così s'entra nel possesso, sebbene il possesso per se stesso sia cosa di fatto. La prima conseguenza che deriva dall'applicazione di questo principio è che l'erede può mettersi nel possesso dei beni ereditari senza bisogno di chiedere il permesso a chicchessia. Altra conseguenza è che l'erede può sperimentare tutte le azioni possessorie che appartenessero al defunto, sebbene non sia nel possesso di fatto delle cose ereditarie. L'unico punto che il defunto abbia posseduto legittimamente per sei mesi un immobile e che dall'apertura dell'eredità siano passati altri sei mesi. Sebbene in questo secondo periodo di sei mesi l'erede non abbia avuto mai il possesso materiale dei beni ereditari, pure se è turbato può agire colle azioni possessorie, perché aggiungendosi al possesso reale del defunto, il possesso fittizio o ideale dell'erede si ha un possesso oltre annuale. Così anche l'erede può intentare l'azione di spoglio, sebbene non abbia avuto mai il possesso materiale, che sia stato tenuto un tempo qualsiasi dal defunto (art. 926). Per la stessa ragione l'erede compie l'usucapione dei beni lasciati dal defunto, ancorché egli mai sia stato nel possesso di essi. Supponiamo che il defunto sia stato possessore per pochi giorni d'un immobile e che il possesso sia stato legittimo. Ancorché poi siano trascorsi 29 anni dalla morte del defunto senza che mai l'erede si sia immesso nel possesso materiale di questi beni, egli, congiungendo il suo pos-



nesso fittizio col possesso reale del defunto, avrà il diritto di accampare l'usucapione.

Un'altra conseguenza è che l'erede ha il possesso non solo delle cose che per diritto ereditario gli spettano in proprietà, ma anche delle cose che non gli spettano. Possiamo che trattasi di erede testamentario e che nel testamento siano legate delle cose dell'eredità a diversi legatari. Or questi debbono chiedere all'erede il possesso delle cose legate (art. 863). Quindi di queste cose legate fino a che il possesso materiale non è concesso ai legatari, è l'erede che ha sempre il possesso fittizio civile, quando anche non abbia il possesso reale. Infine un'altra considerazione: dal momento che il possesso dell'erede è un possesso fittizio, ideale, un possesso che non ha niente di materiale, può darsi la possibilità che di quelle cose stesse ereditarie una terza persona ne abbia il possesso effettivo. Ora appunto in previsione di questa ipotesi la legge concede all'erede il diritto di agire con le azioni di manutenzione o di spoglio. Il fatto che nell'erede risiede il possesso ideale non esclude la possibilità che il terzo abbia il possesso reale; e quindi può ancora accadere che questi acquisti il diritto di agire contro l'erede con le azioni possessorie o compia addirittura l'usucapione. A questo punto sorge una grave controversia. Ammesso che l'eredità si acquista ipso jure, come conciliare questo principio con l'altro che si trova sancito negli stessi Statuti Francesi, negli Statuti Italiani e nel codice nostro, cioè, che nessuno è erede se non vuole?



A prima vista le due cose fanno a pugni, perché se l'eredità s'acquista ipso jure senza l'accettazione, parrebbe venirne la conseguenza che chiunque è chiamato all'eredità dovesse essere erede contro sua volontà. La frase «nessuno è erede se non vuole» invece significa che occorre una dichiarazione di volontà, cioè l'accettazione.

Ora l'accettazione che valore ha rispetto allo acquisto immediato dell'eredità? Ecco la questione grave e controversa che cercheremo risolvere nella lezione ventura.

---



## Lezione VIII<sup>a</sup>

### Sommario

Come si concilia la trasmissione ipso jure dell'eredità con la necessità dell'accettazione. Importanza pratica della questione. I vari sistemi seguiti per risolverla. Il nostro sistema: sua dimostrazione.

Nella passata lezione cercammo di dimostrare come anche per il Diritto nostro deve ritenersi che l'eredità si acquista ipso jure; al momento dell'apertura della successione. Ma notammo come di fronte al principio del passaggio immediato della eredità ipso jure, c'era un altro principio che si contrapponeva ad esso e che senza dubbio ne doveva limitare la efficacia; principio che il diritto consuetudinario francese formulava colla massima « nessuno è erede se non vuole », in contrapposto all'altro « il morto impoessa il vivo ». Gli stessi commentatori del diritto consuetudinario francese si proposero il problema che noi cerchiamo di risolvere, cioè: come si conciliano questi due principii? Quale è la efficacia che spiega il principio « nessuno è erede se non vuole », sull'altro? Ma i commentatori non seppero risolvere adeguatamente il problema e adoperarono delle frasi vaghe.

La questione si è agitata sotto l'impero del codice civile francese. I commentatori di esso si sono domandati: dal momento che nel diritto francese tutti gli eredi sono *heredes sui*, per usare il linguaggio del Diritto roma-



no, perchè acquistano ipso jure l'eredità ma non sono haeredes necessarij, in quanto l'accettazione sempre ci vuole; dobbiamo ritenere che la trasmissione della eredità al momento dell'apertura della successione sia incondizionata e definitiva, dimodochè l'accettazione equivalga semplicemente ad una conferma, ad una consolidazione dell'acquisto già compiuto, oppure dobbiamo ritenere al contrario che l'accettazione sia condizione sospensiva dell'acquisto dell'eredità, in modo tale che questo avvenga sì ipso jure, ma condizionatamente al fatto se l'accettazione si avveri; e quindi fino all'accettazione non ci sia un diritto di proprietà definitivo, pieno, ma un diritto di proprietà condizionato, sospeso dalla condizione dell'accettazione? Questa questione è importante risolvere, per le conseguenze pratiche, specialmente nel diritto francese dove mancano alcune disposizioni che sono nel codice nostro. Perchè, se l'eredità è acquistata in modo definitivo e l'accettazione non funziona che come semplice consolidazione, come semplice conferma dell'acquisto avvenuto nella stessa guisa del *beneficium abstinendi*, concesso dal Diritto romano agli eredi sui et necessarij, ne vengono due conseguenze: Basta il semplice fatto che uno sia chiamato all'eredità, perchè i creditori, i legatari possano agire contro di lui per avere il pagamento dei debiti o dei legati senza dimostrare che abbia fatto atto di accettazione. Gli antichi dicevano: *filius ergo haeres*, cioè tu sei figlio, o chiamato alla eredità in genere, dunque sei erede,



dunque paga i debiti, paga i legati. Dimostrato che un tale ha la qualità di figlio, o in genere è chiamato all'eredità, ne deriva l'obbligo in costui di pagare, perchè l'acquisto dell'eredità si è compiuto ipso jure nel giorno stesso dell'apertura della successione. Oude, ammesso questo principio, colui che è chiamato in giudizio in qualità di erede avrebbe il dovere di dimostrare che, sebbene chiamato all'eredità pur non di meno ha compiuto atto di rinunzia, ha distrutto colla sua volontà il diritto che gli era stato definitivamente concesso dalla legge. Ancora un'altra conseguenza pratica. Supponiamo che per un certo periodo di tempo il chiamato all'eredità ne accetta ne rinunzia, non dichiara in alcun modo la sua volontà. Trascorsi 30 anni dal giorno dell'apertura dell'eredità, questo erede che non s'è pronunciato, deve ritenersi accettante oppure rinunziante? Se si parte dal concetto che l'eredità si trasmette ipso jure in modo definitivo e che l'accettazione non serve che a consolidare, a confermare l'acquisto avvenuto, ne viene la conseguenza necessaria che trascorso il periodo di tempo per la prescrizione senza che il chiamato all'eredità abbia fatto atto di accettazione o di rinunzia, egli deve ritenersi come accettante, poiché dal momento che egli è diventato erede in modo definitivo e l'accettazione è un di più che convalida, il suo silenzio non può spiegarsi che come accettazione. Invece, se si ritiene che l'accettazio-



ne è condizione sospensiva dell' acquisto ereditario le conseguenze saranno diverse. 1°) Chi agisce contro un erede del pagamento dei debiti ereditari non solo deve provare che il convenuto ha la vocazione ereditaria, ma ancora che ha fatto atti d' accettarione. 2°) Passati i 30 anni senza che sia avvenuta dichiarazione di sorta, da parte dell' erede, mancando l' accettarione ch' è condizione sine qua non dell' acquisto ereditario l' erede deve ritenersi rinunziante. Ecco perchè è praticamente importante sapere come funziona l' accettarione, cioè se l' acquisto ereditario avviene in modo definitivo perchè l' accettarione non è che una conferma, e quindi la rinunzia ha efficacia di condizione risolutiva dell' acquisto già compiuto, oppure se invece si deve ritenere che l' accettarione sia condizione sospensiva dell' acquisto ereditario che così, coll' apertura della successione seguirebbe in modo non definitivo, ma sospensivo: onde la rinunzia equivarrebbe a impedimento dell' avverarsi di quella condizione necessaria per il definitivo acquisto dell' eredità.

Gli autori Francesi hanno seguito diverse opinioni che si discutono anche nel diritto nostro. Una prima opinione poco seguita in Francia è quella che l' acquisto ereditario avvenga sotto condizione sospensiva. I pochi autori che hanno seguita questa opinione, sono partiti dalla lettera della legge, in quanto è detto nell' art° 777 corrispondente all' art° 933 del codice nostro, che l' effetto dell' accettarione risale al



momento dell' apertura della successione. Questi autori hanno ragionato in tal modo se l' accettazione ha effetto retroattivo al momento della morte del *de cuius*, vuol dire che essa ha efficacia di condizione sospensiva. Altri invece hanno notato che quest' argomento, per se stesso dice troppo poco o niente, in quanto v'ha oltre l' articolo del codice in cui si sancisce il principio « il morto impossessa il vivo » parecchi altri in cui si suppone la qualità di erede, anche in chi non abbia ancora accettato. Così il codice Francese nell' art<sup>o</sup> 785, corrispondente all' articolo 945 del codice nostro, dice che chi rinuncia all' eredità si considera come se non fosse stato mai erede. Ciò vuol dire, dicono quegli autori, che prima della rinuncia si era erede. Perciò prima della rinuncia e quindi anche senza accettazione, l' eredità è definitivamente acquistata, e la rinuncia ha efficacia di risolvere l' acquisto già compiuto. Gli uni e gli altri però si fondano su argomenti più o meno letterali, che di per se non hanno gran valore. Altri finalmente ricorrono ad un' altra idea. Dicono: no, non bisogna accogliere né l' una né l' altra di queste opinioni. Vero è che il passaggio dell' eredità avviene ipso jure al momento dell' apertura della successione, ma avviene soltanto per ciò che essa presenta di favorevole all' erede, mentre per ciò che essa presenta di sfavorevole, di svantaggioso è necessaria la accettazione.

Bisogna distinguere due specie di *saisine héréditaire*



attiva e passiva. La *seisine* passiva, il trapasso cioè delle obbligazioni non avviene prima che si sia verificata l'accettazione in modo tale che l'erede incorre in tutte le obbligazioni del defunto solo quando abbia accettato, mentre la *seisine* attiva, solamente si ha ipso jure, cioè il chiamato all'eredità diventa proprietario dei beni e titolare dei diritti reali e dei crediti del defunto, pel solo fatto dell'apertura della successione senza che faccia atto alcuno di dichiarazione di volontà.

Queste sono le opinioni che si sono manifestate in Francia. Che ne diremo noi? L'ultima opinione è da rigettarsi non solo nel diritto nostro, ma anche nel diritto Francese. Non si può fare questa distinzione del lato passivo e attivo della eredità, in quantoche l'eredità è un *universum jus* che comprende l'insieme delle attività e delle passività e non si possono scindere le une dalle altre. Che si ammetta che il trapasso delle attività avvenga senza dichiarazione di volontà dell'erede, si deve ammettere lo stesso per le passività. Ormai il codice francese connette espressamente l'obbligo di pagare i debiti del defunto col passaggio immediato dei beni (art. 724 cod. civ. francese). Più seria è la seconda opinione che è prevalente in Francia e che ha avuto molti seguaci in Italia, fra cui il Filomusi Guelfi che ha fatto studi speciali in tema di successioni. Secondo questa opinione, l'eredità anche



nel diritto nostro passa ipso jure dal defunto all'erede in modo irrevocabile, definitivo, e l'accettazione non è richiesta ad altro che a confermare, a convalidare l'acquisto già avvenuto quindi da un canto la rinunzia sarebbe condizione risolutiva dell'acquisto già avvenuto; dimodochè si può dire che coll'apertura dell'eredità, questa ipso jure, in modo definitivo, sotto la condizione risolutiva della rinunzia; e dall'altro l'accettazione non funzionerebbe come condizione, ma come approvazione, come conferma, dell'acquisto avvenuto già definitivamente. Perciò l'accettazione non sarebbe altro che rinunzia al diritto di rinunziare all'eredità.

L'accettazione così avrebbe una funzione meramente negativa in quanto vale rinunzia al diritto di rinunziare. La rinunzia invece avrebbe una funzione positiva, verrebbe a distruggere ciò che s'è acquistato validamente. Gli argomenti su cui si fonda questa opinione, sono argomenti, come abbiamo notato, di indole letterale che non valgono però per il nostro codice. Gli autori Francesi si poggiano sull'art<sup>o</sup> 785 del codice Napoleone, dove si dice che quando avviene la rinunzia, l'erede si reputa come se non fosse stato mai erede, quindi la legge, argomentano essi, prima della rinunzia lo considera erede. Ma nel nostro codice, nell'art<sup>o</sup> 945 si dice: che chi rinunzia all'eredità è considerato come se non vi fosse stato mai chiamato, non già « come se non fosse stato mai erede ». Sicchè prima dell'accettazione non si può parlare di erede in senso vero.



e proprio, ma solo di "chiamato all'eredità". Oltre a ciò vi sono nel nostro codice delle disposizioni che non si trovano nel codice francese, e che ci inducono a credere che nel nostro codice sia stato accolto l'altro sistema cioè che l'eredità s'acquista ipso jure, ma sotto la condizione sospensiva dell'accettazione, di modo che l'accettazione nel diritto nostro non sarebbe già una rinunzia al diritto di rinunzia, non avrebbe un mero valore negativo, ma sarebbe condizione sine qua non dell'acquisto, di modo che il passaggio dell'eredità avviene sì ipso jure, ma sotto la condizione sospensiva se l'erede accetta. Onde si desume questo? Da parecchi articoli che esamineremo.

Se dovessimo ammettere per un momento che l'eredità si trasmetta in modo incondizionato, definitivo e che l'accettazione non valga che semplice conferma, ne verrebbe la conseguenza pratica che basterebbe il fatto di essere chiamato all'eredità per essere ritenuto erede, e quindi convenuto dai creditori ereditarii in giudizio, senza che questi siano tenuti a dimostrare essersi fatti atti di accettazione. Invece il nostro codice ha una disposizione, che contrasta con questa conseguenza nell'art° 951. Due argomenti si traggono da questo art° in favore della nostra opinione. In questo art° si dice che gli interessati, i creditori, i legatari, hanno il diritto di far fissare dal magistrato un termine, dentro il quale l'erede debba dichiarare se intende accettare o rinunziare. Se l'ere-



de avesse acquistata la proprietà dei beni in modo definitivo, non ci sarebbe bisogno di interpellarlo per vedere se vuole accettare o rinunciare. Dal momento che basta l'apertura dell'eredità per conferire ad una persona che vi è chiamata la qualità di erede in modo definitivo, fino a che non sopravvenga la rinuncia, gl'interessati avrebbero il diritto di considerare quella persona come erede e quindi, se legatari, avrebbero il diritto di farsi pagare il legato, se creditori di farsi pagare i crediti. Invece la cosa si spiega agevolmente, partendo dal concetto che l'eredità prima dell'accettazione non può dirsi acquistata in modo definitivo. Quest'art<sup>o</sup> però non è nel codice Napoleone e quindi giustamente gli autori francesi sostengono il principio «*filius ergo haeres*». Ecco un primo argomento che conferma la nostra opinione, si è eredi sotto la condizione sospensiva dell'accettazione e perciò la necessità di sapere se uno vuole accettare o rinunciare.

Da questo stesso articolo si desume un altro argomento importantissimo. Se una persona chiamata all'eredità dopo l'ingiunzione del magistrato di risolversi entro un certo tempo ad accettare o rinunciare, lascia passare questo termine senza dire niente, il codice stabilisce che egli si debba reputare rinunciante. Ora questa conseguenza come si può conciliare col principio che l'erede acquista l'eredità in modo definitivo e che occorre la rinuncia per perde



re questo diritto? Non si può conciliare, perchè quando uno è proprietario di una cosa, perchè egli perda il diritto di proprietà, non basta il semplice silenzio. Il semplice silenzio del proprietario non può mai includere la perdita del diritto, nessuno si può presumere che rinunci al diritto di proprietà. Ammettendo come vogliono gli avversari che l'erede è un proprietario definitivo dei beni ereditarij, come spiegare che pel semplice fatto che egli tace dovrebbe considerarsi come uno che abbia rinunciato alla proprietà? Invece questa disposizione di legge si spiega molto facilmente se si parte dall' altro principio che cioè l' accettazione sia condizione sine qua non per acquistare definitivamente l' eredità, perchè mantenendo il silenzio non si compie quella dichiarazione di volontà che occorre per l' acquisto definitivo dell' eredità, cioè l' accettazione: la condizione non viene a verificarsi, e ciò equivale a rinunzia, dacchè la rinunzia, anche espressa, come noi abbiamo detto, seguendo la nostra opinione, non è che un modo d' impedire il verificarsi della condizione necessaria per l' acquisto dell' eredità. Quindi l' erede, il quale nel tempo prescritto dal magistrato non manifesta la sua volontà, è come se fosse ripudiante in quanto non ha compiuto l' atto necessario voluto dalla legge per acquistare in modo perfetto, definitivo, irrevocabile, la eredità. Anche questa disposizione dell' articolo citato è ignota al C.C. Francese. Un altro argomento ancora. Abbiamo detto che, am-



nesso il principio che l'eredità si trasmette ipso jure in modo definitivo, ne deriva la conseguenza che passati 30 anni dall'apertura dell'eredità, se l'erede non accetta, né rinunzia debba reputarsi accettante e che quindi abbia perduto il diritto a rinunziare. Se la rinunzia è necessaria solo per distruggere il diritto quesito, non essendosi compiuta vuol dire che il diritto acquistato resta fisso e che il diritto di rinunziare si perde, perché ogni diritto si perde colla prescrizione trentennale. Nell'art° 943 C.C. invece cosa abbiamo? Che la facoltà d'accettare una eredità si prescrive in 30 anni; il che vuol dire che passati i 30 anni senza accettare l'eredità, si perde il diritto d'accettare, in modo che colui che era chiamato all'eredità si considera come ripudiante. Ora se lo erede avesse acquistato in modo definitivo i beni ereditari indipendentemente dall'accettazione, si potrebbe ammettere la prescrizione estintiva del diritto acquistato? Sappiamo che il diritto di proprietà non si prescrive con la semplice prescrizione estintiva, ci vuole l'usucapione in contrario. Se uno non usa di un immobile per 30 anni senza che altri ne abbia avuto il possesso legittimo siano pure passati 30 o 40 anni, rimane sempre proprietario. Allora si perde il diritto di proprietà su una cosa, quando altri l'abbia usucapita. Invece che fa il codice nell'art° 943? Fa perdere il diritto d'accettare l'eredità decorsi i 30 anni, anche se nes-



non altro abbia accettato, per il fatto semplice della inerzia, dello stato passivo in cui si è mantenuto il chiamato all' eredità, costui perde il diritto di accettare. Evidentemente tale conseguenza non è conciliabile col principio che l'erede acquista definitivamente l' eredità, perché l' accettazione non vale che semplice conferma; ma si spieghi benissimo come conseguenza logica del principio che l' eredità si acquista definitivamente solo con l' accettazione; cosicché col decorso di 30 anni non è l' eredità acquistata che si perde, ma si perde il diritto di compiere in modo definitivo l' acquisto dei beni ereditarij. Anche quest' articolo si differenzia dall' altro corrispondente del C. C. Francese che è un vero indovinello. In questo articolo si dice che decorso 30 anni si prescrive tanto la facoltà di accettare, quanto la facoltà di rinunciare. Queste due cose sono inconciliabili: si prescrive la facoltà di accettare? Allora vuol dire che l' erede si considera rinunziante, si prescrive la facoltà di ripudiare? Allora vuol dire che si considera accettante. Non si può nel tempo stesso perdere i due diritti perché la perdita dell' uno implica che sia avvenuto il fatto contrario. Perciò gli autori Francesi non sapendo come interpretare quell' articolo, hanno ragione di credere che l' eredità si acquista definitivamente coll' apertura della successione e l' accettazione non sia una consolidazione in quanto si poggiano sulla disposizione di legge che dice che si prescrive la facoltà di ripudiare, di rinunciare. E che la



una argomentazione sia giusta si deriva anche dall'esame comparativo col cod. civ. germanico. Questo codice stabilisce in modo chiaro che l'eredità si trasmette ipso jure dal defunto all'erede e che l'accettazione sia una semplice consolidazione; ma quale logica conseguenza di ciò dispone che se l'erede in un certo periodo di tempo non accetta, né ripudia, non perde già il diritto di accettare, bensì perde il diritto di rinunciare. Questa è conseguenza del sistema dell'acquisto immediato. Invece il nostro codice dicendo il contrario, ragiona male che sia partito dal principio contrario. Ancora c'è un altro articolo che indirettamente giustifica la nostra opinione l'art° 939, il quale dice che se muore il chiamato alla successione prima d'averla accettata il diritto d'accettarla si trasmette agli eredi. Ora questo articolo potrebbe conciliarsi logicamente col principio che l'eredità s'acquista in modo definitivo anche prima dell'accettazione, e che l'accettazione non serva che ad una maggiore conferma? No, perché se questo fosse vero, l'articolo avrebbe dovuto dire che l'eredità, anche prima dell'accettazione si trasmette dal chiamato all'eredità agli eredi, non già che si trasmette il diritto d'accettarla; oppure avrebbe dovuto dire, come il codice germanico, che quando un'eredità è deferita ad una persona e questa muore senza avere né accettato né rinunciato, agli eredi si trasmette il diritto di ripudiarla, e ciò, perché essendo un bene già acquisito dal trasmittente i suoi eredi non potrebbero avere se non la stessa facoltà che



avrebbe avrebbe avuto il loro autore se fosse stato vivo in quella di ripudiare. Invece la diversa locuzione del nostro codice fa capire che il nostro legislatore ha dovuto partire da altro principio.

Non ci può essere dubbio, seguendo questa nostra opinione, che nel caso che uno sia chiamato all'eredità, coloro che da costui pretendono il pagamento dei legati o dei debiti del de cuius, debbono provare non soltanto che egli è erede per legge o per testamento, ma che ha fatto anche atto di accettazione. L'erede chiamato in giudizio può rimanere passivo, perché sono coloro che pretendono qualche cosa che debbono provare che abbia fatto atto di accettazione; perché coll' accettazione soltanto si compie l'acquisto irrevocabile dell'eredità. Se non riescono a questo, cioè, se non possono provare che l'atto d'accettazione si sia stato, debbono ricorrere all'espedito dell'art° 951, debbono domandare al magistrato che ingiunga all'erede di dichiarare in un dato termine: se intende accettare o no. Però giunti a questo punto si potrebbe domandare: Che differenza c'è tra il sistema esposto e il sistema aditio haereditatis? Io debbo confessare che differenza pratica non c'è, anche anche se noi avessimo riconosciuto il principio del passaggio immediato dell'eredità dal defunto all'erede, saremmo venuti alle stesse conseguenze: cioè che l'accettazione ha effetto retroattivo, che prima dell'accettazione il chiamato all'eredità non può essere convenuto al pagamento dei debiti ereditari, e via dicendo. Però accolto il principio della aditio haereditatis, molti articoli



del nostro codice sarebbero rimasti inesplicabili; invece seguendo il sistema nostro secondo il quale l'eredità si acquista ipso jure, ma sub conditione, questi articoli del codice vengono ad essere spiegati facilmente, come conseguenze logiche del principio. Diminuito il principio che l'eredità si acquista soltanto coll'accettazione, ne viene che prima di essa non c'è un diritto patrimoniale, il chiamarlo all'eredità avrebbe soltanto il diritto di accettare, cioè un diritto personale e non patrimoniale, il che produce delle conseguenze specialmente rispetto a due punti importanti. Morendo il chiamato all'eredità senza accettare, siccome costui aveva solo un jus ad rem, un diritto personale che non fa parte del patrimonio, i suoi successori non dovrebbero avere il diritto d'accettare in sua vece. Perciò i casi di trasmissione del diritto d'accettazione furono considerati come eccezionali nel Diritto romano. Invece il nostro codice, avendo posto il principio generale che chi muore senza avere accettato la eredità trasmette il diritto d'accettarla, ciò si giustifica facilmente considerando il diritto d'accettare, come un diritto patrimoniale imperfetto che non ha avuto piena esistenza, ma che potrà averla, onde nel patrimonio di colui che muore senza avere accettata l'eredità, si trova anche questo diritto che gli eredi potranno esercitare.

Un'altra disposizione che non si spiegherebbe è quella che si trova nell'art. 949. Quest'articolo non fa che applicare il principio dell'azione Pauliana alla rinuncia dell'eredità. Nel Diritto romano non era possibile la rin-



impugnativa, mediante l'azione Pauliana della rinunzia dell' eredità, in quanto l'azione Pauliana era possibile solo contro le diminuzioni di patrimonio fatte in danno ai creditori non già contro le omissiones adquirendi. Bisnis ha avuto una donazione; ma siccome sa che accettando questa donazione non si gioverà lui, ma i suoi creditori, così si rinunzia, prima d' accettare, e impedisce che la donazione abbia efficacia. Contro la rinunzia a una donazione non accettata, possono i creditori esercitare l'azione Pauliana? No, perché così facendo, il debitore non ha diminuito il patrimonio, ha impedito solo che il patrimonio crescesse. E perciò applicando questo principio, anche quando la rinunzia all' eredità fosse avvenuta in frode ai creditori, costoro per Diritto romano non possono far rescindere la rinunzia. Il nostro Codice invece seguendo i principj del diritto consuetudinario francese ammette la possibilità d'impugnare la rinunzia all' eredità fatta in frode ai creditori, il che si spiega in conformità dei principj regolatori dell'azione pauliana, se si ammetta che prima della rinunzia v'è un diritto, sebbene imperfetto, nel patrimonio del debitore rinunziante.

---



## Lezione IX<sup>a</sup>

### Sommario

Dell' accettazione in genere. Concetto. Requisiti. Volontà. Condizioni, termine. Accettazione per parte. Accettazione per mezzo di rappresentante. Oggetto dell' accettazione. Questioni relative. Capacità per fare l' accettazione. Persone fisiche incapaci.

Visto come il sistema accolto dal Diritto Italiano debba ritenersi essere quello per cui l' eredità s' acquista ipso jure, però subordinatamente alla convinzione dell' accettazione, dobbiamo parlare dell' accettazione.

L' accettazione come si dispone nell' art<sup>o</sup> 949 C.C. può essere pura e semplice o col beneficio d' inventario, cioè si sono due specie di accettazione. Ma non senza occuparci per ora di queste varie specie, studieremo l' accettazione in se stessa. Che cosa è l' accettazione? L' accettazione è l' atto unilaterale ed irrevocabile, con cui si rende definitivo l' acquisto dell' eredità avvenuta ipso jure ma in modo condizionale. Questa è definizione che si può dare dell' accettazione giusta le cose che abbiamo innanzi esposte. Perché diciamo che l' accettazione è un atto unilaterale? L' accettazione è atto unilaterale inquantochè consiste nella dichiarazione unilaterale di volontà la quale produce la sua efficacia senza bisogno d' incontrarsi con altra volontà. Quindi l' accettazione dell' eredità non è come l' accet-



tazione della donazione, ma ha natura differente. L'accettazione della donazione è una dichiarazione di volontà che corrisponde ad altra volontà con la quale si dice incontrare perché possa dirsi perfezionato il contratto che si dice di donazione. Invece l'accettazione dell'eredità, ancorché si tratti di eredità testamentaria, è dichiarazione di volontà che per forma di cose non può incontrarsi colla volontà del testatore, perché questi è morto, cioè tale dichiarazione di volontà non può mai venire a conoscenza del de cuius. Nella donazione quando il donatario accetta, perché si perfezioni il contratto è necessario che questa volontà del donatario venga a conoscenza del donante e solo quando viene a conoscenza del donante il contratto si reputa perfetto e produce tutti i suoi effetti giuridici. Invece l'accettazione d'eredità produce i suoi effetti, nonostante l'impossibilità ch'essa venga conosciuta dal testatore. Perciò, l'accettazione dell'eredità, si voglia considerare in relazione alla successione legittima, o alla testamentaria, non ha la stessa natura dell'accettazione della donazione; perché nell'un caso l'accettazione è atto per sé stante, nell'altro è elemento d'un contratto.

È un atto unilaterale, in altro senso ancora, in quantocché l'accettazione per produrre la sua efficacia non ha bisogno dell'adesione degli altri interessati coeredi o creditori ereditari perché produca il suo effetto. A prima vista dire ciò parrebbe cosa inutile e superflua, invece è utile perché si sono molti an-



tori i quali, intestati a vedere da per tutto un contrat=  
to cominciano col dire che l'accettazione è un quasi con=  
tratto e finiscono col vedere che sia un contratto taci=  
to, per derivarne delle conseguenze pratiche che dobbia=  
mo eliminare.

Forché dicono che l'accettazione è un quasi contrat=  
to? Siccome dall'accettazione derivano delle obbligazioni  
rispetto ai creditori ereditari, in quanto l'erede accettan=  
do assume anche le obbligazioni gravanti sul patri=  
monio ereditario così si mise in campo il concetto  
che l'accettazione è un quasi contratto. Non solo, sic=  
come il concetto del quasi contratto negli autori è mol=  
to oscuro, facilmente si passa dall'idea del quasi con=  
tratto all'idea d'un contratto tacito, ed applicano  
all'accettazione le regole che la legge pone per i con=  
tratti. L'accettazione non è né contratto, né quasi con=  
tratto. L'idea del quasi contratto è un'idea che la  
dottrina moderna respinge, è un espediente al qua=  
le sono ricorsi i giuriconsulti romani per spiegare  
alcuni fenomeni nuovi che si presentavano nello  
svolgimento del diritto. Nel Diritto romano non si con=  
cepivano delle obbligazioni se non derivanti dalla vo=  
lontà umana in modo tale che allorquando si  
dovettero stabilire delle obbligazioni non derivanti dal=  
la volontà umana, per spiegare questo fatto si dis=  
se che erano obbligazioni quasi ex contractu, che ave=  
vano la stessa efficacia giuridica di quelle che na=  
scevano dal contratto, quasi che nascessero dal con=



trato. Furono gl' interpreti i quali, intendendo male lo spirito della frase romana crearono la figura giuridica speciale del quasi contratto, quasi fosse un atto giuridico per sè stante, una nuova fonte di obbligazione. Nel Diritto moderno questo concetto non va, perchè non è vero che tutte le obbligazioni nascono dal contratto; il contratto è fonte precipua delle obbligazioni, ma non è l'unica, benissimo si può dire che la legge come dall'avverarsi di certi fatti fa dipendere degli effetti giuridici, così fa nascere dei rapporti obbligatori, prescindendo dal consenso di due persone. Gli autori che vogliono raggruppare tutte le fonti delle obbligazioni volontarie nel contratto e nel quasi contratto, partono da una interpretazione letterale della legge (art° 1097 cod. civ.) in cui si dice che le obbligazioni derivano da contratto, da quasi contratto, da delitto e da quasi delitto, credendo che questa enumerazione sia tassativa. Niente di più falso, ed inverso vi sono fatti che non costituiscono nè contratto, nè quasi contratto, nè delitto nè quasi delitto, i quali producono delle obbligazioni. Così per es, supponiamo che nel testamento s'è imposto l'obbligo all'erede di fare questa o quell'altra cosa in favore di Tizio Lui abbiamo un'obbligazione avente la stessa efficacia giuridica di quella nascente da un contratto, eppure il testamento non è contratto nè quasi contratto. Ed ecco perchè il nostro codice aggiunge che le obbligazioni possono anche nascere dalla legge, sotto la quale categoria si possono mettere



tutte le varie specie di obbligazioni che hanno per fon-  
 ta un dato fatto volontario lecito, o anche involontario a cui  
 la legge riconnette delle conseguenze giuridiche. Le obbligazioni  
 in che nascono dall'aditio haereditatis si possono compren-  
 dere in questa vastissima categoria di obbligazioni nascenti  
 per legge. Ecco che non occorre dire che l'accettazione sia  
 un quasi contratto, perché la categoria generica del qua-  
 si contratto non esiste nel diritto moderno, sebbene il  
 codice nostro parli, per rispetto alla tradizione romanisti-  
 ca, di due casi di quasi contratto, cioè la gestio negotio-  
 rum e la solutio indebiti, i quali del resto in un si-  
 stema scientifico si possono comprendere nei rapporti ob-  
 bligatorii che derivano dalla legge in occasione d'un fat-  
 to dell'uomo. Ad ogni modo, anche a voler dire, seguen-  
 do la tradizione romanistica che l'accettazione sia un  
 quasi contratto, ciò non significa che sia un contratto,  
 sia pure tacito, perché resta sempre una differenza so-  
 stanziale tra contratto e quasi contratto: il primo è sem-  
 pre l'accordo di due volontà, il quasi contratto presup-  
 pone appunto la inesistenza di questo accordo, presuppone  
 un fatto unilaterale o una dichiarazione unilaterale  
 di volontà dimodoché non si può per nulla confon-  
 dere nemmeno al contratto tacito, perché anche il con-  
 tratto tacito è l'accordo di due volontà, e differisce dal  
 contratto espresso in ciò, che mentre nel contratto espresso  
 la manifestazione delle due volontà è fatta in modo  
 diretto, invece nel contratto tacito la manifestazione del-  
 le due volontà è fatta in modo indiretto, cioè con



fatti tali da cui indirettamente, ma in modo non dubbio si arguisce la volontà che è presupposto di quei fatti. Abbiamo detto che l'accettazione non solo è un atto unilaterale, ma anche irrevocabile. Che sia un atto irrevocabile, si desume e dalla tradizione storica e dal concetto stesso dell'eredità. Chi accetta un'eredità l'acquista in modo definitivo, perché *semel haeres semper haeres*, chi anche per un momento solo è erede resta sempre erede, questa sua qualità non si può distruggere. Una volta fatta l'accettazione, la persona che l'ha fatta non può revocarla a suo arbitrio e questo principio è così saldo e indubitato che il nostro codice ha creduto inutile sancirlo. Esso perciò non può negarsi, né mettersi in dubbio. L'accettazione infine, come abbiamo detto, produce l'effetto di rendere definitivo l'acquisto della eredità, e perciò tale effetto è retroattivo all'apertura della successione (art.º 933 in prin.)

Vista l'indole dell'accettazione, vediamo ora quali ne siano i requisiti. Per l'accettazione, come per qualsiasi atto giuridico, bisogna distinguere due categorie di requisiti: requisiti necessari per l'esistenza giuridica dell'atto e requisiti necessari per la piena validità dell'atto. La mancanza dei requisiti necessari per la esistenza giuridica, rende l'atto nullo, inesistente; la mancanza invece dei requisiti necessari per la piena validità dell'atto produce la semplice annullabilità dell'atto stesso.

I requisiti per la esistenza dell'accettazione sono due:



volontà ed oggetto. In certi casi s'è anche la forma.

1° Volontà. Bisogna che chi accetta abbia la volontà seria e piena d'accettare. La volontà manca allorchando una persona accetta nello stato di demenza, di ubbriachera, di suggestione ipnotica, ecc... o quando l'accettazione sia fatta in causa. In questi casi l'accettazione è nulla o inesistente. La legge inoltre per l'accettazione esige qualche cosa di più, cioè esige una volontà piena una volontà illimitata. Quando la volontà può essere limitata? La volontà viene a limitarsi se stessa, quando la dichiarazione di volontà è affetta da condizione, da termine o da altra modalità qualsiasi. Tutti i negozi giuridici ammettono delle modalità tra cui principali sono la condizione e il termine. Ora queste sono ammissibili per l'accettazione dell'eredità? Il Diritto romano disponeva espressamente che la condizione e il termine non sono possibili nell'accettazione; e qualora la condizione o il termine fossero apposti, l'accettazione era nulla. Che dobbiamo dire noi alla presenza del codice nostro? Il codice non dispone niente, però vi sono delle espressioni da cui risulta indubbiamente che l'accettazione dev'essere fatta senza modalità. Nell'art° 929 si dice che l'eredità può essere accettata puramente e semplicemente o col beneficio dell'inventario. Ora l'accettazione fatta puramente e semplicemente non ammette condizioni; l'unica modalità che la legge permette è l'accettazione col beneficio dell'inventario. Fuori di questa modalità che si chiama beneficio dell'inventario, non ci può essere altra. Però se



il termine o la condizione vengono ad essere apposti, quale sarà la conseguenza? Il codice non dice nulla; quindi varietà di opinioni. Alcuni dicono che l'apposizione della condizione o del termine è viziata in se stessa, ma non vizia l'accettazione. Se uno accetta sotto condizione o termine sospensivo o finale, la condizione o il termine si hanno per non apposti, ma l'accettazione sarà valida come se fosse fatta senza condizione o termine. Altri invece sostengono che l'accettazione sottoposta a condizione o termine sia nulla in se stessa. Quale opinione dobbiamo seguire? L'opinione più logica, razionale è che quando la dichiarazione di volontà è affetta da condizione o termine contro il divieto della legge che non vuole apposizione di queste modalità, si deve ritenere che la dichiarazione è nulla in se stessa, perché chi vuole una cosa sotto condizione o termine, quando la legge dice che non bisogna volerla a quel modo, significa che esprime una volontà inadeguata a raggiungere lo scopo, una volontà che non può produrre effetti di legge, perché contrario alla legge. Quando io dico: voglio essere erede se la eredità non la troverò passiva; voglio essere erede soltanto da quel giorno o fino a quel giorno, evidentemente io manifesto una volontà difforme alla legge, che vuole una volontà pura e semplice, epperò la mia dichiarazione di volontà è nulla in se stessa. Vero è che in certi casi la legge reputa per non scritta la condizione ed il termine, come a proposito dell'istituzione di erede. Ma che vuol dire ciò? Questi sono ca-



si eccezionali, voluti per ragioni specialissime, da cui non si può desumere una regola generale, applicabile ad altri casi.

Questione anche più ardua nasce rispetto all'altra modalità, cioè, quando si dichiara la volontà di accettare la eredità in parte. Come può darsi questo caso? Poniamo questo caso, difficile del resto ad avverarsi, uno che crede miserabile per testamento, ma il testatore ha lasciato dei parenti poveri. L'istituito crede essendo scrupoloso e timorato da Dio potrebbe dire: perché tutta questa eredità a me? Voglio accettarla per metà e ciò che resta andrà a bene fare degli eredi legittimi. Un altro caso più comune può verificarsi quando Titio istituisce eredi Caio e Sempronio, Caio accetta la propria metà, Sempronio rinuncia. Per legge qui c'è diritto all'accrescimento cioè la quota del rinunciante s'accresce all'altro accettante. Può all'altro dire: no, io intendevo solo accettare la mia metà, non già la quota deferita da Titio, che per legge è devoluta a me in base alla rinuncia? Il Diritto romano disponeva espressamente che la eredità non si può accettare in parte, il che è giusto in base al principio che l'eredità costituisce un *universum jus* e quindi è un tutto inscindibile, che non si può acquistare in parte né in parte no. Si accetta come è, o non s'accetta. Però dall'accettazione pro-parte il Diritto romano non deduceva la nullità dell'accettazione. Quando alcuno accettava una eredità pro-parte, bastava questo perché dovesse intendersi averla accettata in tutto. Ciò sempre in



base al principio della inscindibile unita' dell' eredita' e anche perche' il Diritto romano voleva che ci fosse un erede e per fare che l'erede non mancasse ammetteva che chi avesse accettato in parte, avesse accettato per tutto. Il nostro codice, sebbene in modo implicito, non ammette la possibilita' dell' accettazione parziale in quanto dispone che l' accettazione deve essere puramente e semplicemente, bisogna accettare tutta l' eredita' com' e, come universum jus. Quindi se alcuno ha accettato la sua quota e poi a lui si devolve un' altra quota in forza del diritto di accrescimento, deve subire questo acquisto, non puo' rifiutarsi perche' la presenza dell' altro chiamato fu impedimento temporaneo. Ma quale e' l' effetto dell' accettazione pro-parte? Gli autori sono in contrasto tra loro, alcuni dicono che l' accettazione e' valida per intero, altri dicono invece che e' nulla addirittura. Che dobbiamo ritenere noi? Dobbiamo seguire il precetto del Diritto romano, o dobbiamo seguire la norma che deriva dai principi generali del nostro codice? Quando alcuno accetta per parte l' eredita' manifesta la sua volonta' in modo illegale ed essendo tale accettazione contrario alla legge, non puo' produrre alcun effetto obbligatorio. Costringere come faceva il Diritto romano ad acquistare anche la parte che espressamente si e' dichiarato di non volere accettare, sarebbe andar contro la volonta' della persona, il che non puo' ammettersi senza una disposizione speciale di legge.



Il precetto del Diritto romano è basato su ragioni storiche, su ragioni speciali del diritto successorio romano, che non hanno riscontro nella nostra legge, e quindi è più logico ed anche più opportuno ri-  
gettarla.

La volontà dunque deve essere esistente e dev'essere piena. Si domanda ora: deve essere manifestata diretta-  
mente dall'erede o può essere manifestata per me-  
zzo di rappresentante? Anche qui il nostro codice ta=  
ce. Ma è evidente che, sebbene il Diritto romano  
avesse prescritto che l'eredità non può accettarsi  
che personalmente, pure bisogna ritenere il contrario  
per il diritto nostro. Per il diritto nostro tutti gli a.t.  
ti giuridici possono compiersi dalla persona diretta-  
mente interessata o da un rappresentante, tranne  
nei casi tassativamente indicati dalla legge. Se nes=  
suna disposizione vi è che proibisce l'accettazione  
dell'eredità per mezzo di rappresentante, bisogna ri=  
tenere che la rappresentanza volontaria può aver  
luogo. La rappresentanza può aver luogo in due ca=  
si: per mandato e per la cosiddetta negotiorum  
gestio. Si ha il mandato quando una persona in=  
carica altra espressamente di agire in sua ve=  
ce ed in suo nome. La negotiorum gestio si ha  
quando, senza incarico, alcuno agisce nell'interesse  
ed in nome altrui. Ora senza dubbio il mandato  
è ammissibile come mezzo per accettare l'eredità.  
Io posso accettare direttamente l'eredità o pure



posso accettarla per mezzo di altra persona dopo di averle dato incarico. La questione sorge rispetto ai limiti del mandato. Supponiamo che il mio rappresentante abbia un mandato concepito in termini generici, può questo mandatario accettare l'eredità? Non può, perché l'accettazione d'eredità è un atto di disposizione e non di semplice amministrazione. Quando il mandatario è fornito di un mandato in termini generici, senza indicazione degli atti di alienazione, questo mandatario può fare atto di amministrazione soltanto, e quindi è necessario perché si abbia, un'accettazione valida di eredità che il mandato sia conferito con la facoltà di accettare l'eredità (art. 1741). Basta la facoltà di accettare eredità in generale, o pure ci vuole un mandato specialissimo di accettare, cioè l'eredità di Tizio, di Caio o Sempronio?

La domanda praticamente è importante, altro è l'incarico d'accettare l'eredità in generale, altro è l'incarico d'accettare l'eredità di Tizio, di Caio, o di Sempronio. Nel primo caso non ho presente nella mia mente alcuna eredità e non posso sapere se il rappresentante accettando faccia cosa utile; invece quando ho presente nella mente una data eredità, so quello che faccio e so che il rappresentante agendo in nome mio, farà una cosa a me utile o pure dannosa. Al primo vista parrebbe che si richieda un mandato specialissimo, ma ciò non è esatto. Se relativamente all'accettazione della donazione che pure la legge ha circondato di formalità rigorose, si dispone nell'art. 1058 C.C.



che per compierla validamente basta un mandato, sia un  
che concepito in termini generali, lo stesso dovrà dirsi per la  
eredità, per la quale però non è necessario un mandato per  
atto autentico come per la donazione.

Che diremo della negotiorum gestio? Se un tale accetta l'e-  
redità nell'interesse di un suo amico, credendo di fare bene  
gli interessi di costui, questa rappresentanza non voluta dal  
interessato è valida a produrre l'efficacia dell'accettazione?  
Alcuni autori e parte della giurisprudenza hanno negato la  
validità della negotiorum gestio per l'accettazione dell'eredi-  
tà. Questa opinione non è esatta in tutto e per tutto. Sareb-  
be esatta se la negotiorum gestio, di cui ci occupiamo, doves-  
se confondersi colla negotiorum gestio di cui parla il codi-  
ce civile a proposito dei quasi contratti. Nella negotiorum  
gestio di cui parla il codice, si ha che quando il gestore  
di negozio, compie un affare utile nell'interesse di un  
altro, tutte le obbligazioni da lui assunte vanno a carico  
del dominus negotiorum, ancorché costui non sappia rien-  
te e non voglia assumere nessuna obbligazione (art. 1144).  
Ora è evidente che una simile conseguenza non potrebbe  
accogliersi nel caso di accettazione di eredità fatta da un  
gestore. Ma la gestio negotiorum di cui parla il codice civil-  
le e che produce quell'effetto, è la gestio negotiorum limi-  
tata soltanto all'amministrazione degli affari altrui. L'am-  
ministrazione degli affari è una cosa necessaria che ogni  
buon padre di famiglia deve compiere, se non la compie  
lui, e la compie un altro poco importa, sempre ne ritrae  
un utile, ed in base all'utile deve incorrere nelle obbli-



garioni contratte dall'altro in suo favore. Invece tutto il contrario avviene se una persona si immischia negli affari altrui, non già allo scopo di semplice amministrazione, ma allo scopo di compiere atto di disposizione; in questo caso gli art. del codice civile che riguardano la negotiorum gestio non trovano applicazione, perché manca il presupposto della negotiorum gestio, cioè che si tratti di persona che cura l'amministrazione degli affari altrui; in quanto qui si tratta di persona che si sostituisce a un'altra, senza incarico, per compiere atto di disposizione. In questo caso la dottrina dominante in base ai principi ed alle stesse disposizioni del Diritto romano richiede che la negotiorum gestio debba essere ratificata dal dominus negotiorum; gli atti compiuti dal gestore saranno compiuti validamente e quindi produrranno diritti a favore del dominus ed obbligazioni a carico suo, solo in quanto sia intervenuta la ratifica da parte di costui. Ciò premesso, non s'è nessun inconveniente pratico ad ammettere la possibilità della negotiorum gestio per l'accettazione dell'eredità, come non s'è nessuna disposizione di legge che l'impedisca. Chi accetta l'eredità senza incarico e nell'interesse di un altro per questo solo fatto non fa acquistare l'eredità all'interessato, né lo fa incorrere nelle obbligazioni; ma se il chiamato all'eredità ha fatto dopo atto di ratifica espressa o tacita, in forma solenne o no, con quest'atto di ratifica è venuto a rendere proprio il fatto altrui e quindi vale come se avesse conferito un mandato. Ogni qualvolta è possibile il mandato; è possibile la negotiorum gestio, la cui efficacia è però sottoposta alla ratifica: onde l'apripista



troppo noto « ratihabitio mandato acquiparatur ».

La forma poi dell'accettazione in generale è indifferente. Vedremo a suo tempo come per certi casi d'accettazione si richiede la forma speciale come per l'accettazione col beneficio dell'inventario.

Questi sono i requisiti che si riferiscono alla dichiarazione di volontà, cioè la volontà dev'essere esistente, piena ed espressa direttamente o per mezzo di rappresentante. 2°) Oltre al requisito della volontà, c'è l'altro dell'oggetto. L'accettazione deve avere per oggetto un'eredità la quale sia aperta. Se almeno accetta l'eredità d'un vivente, l'accettazione è nulla, inesistente per la mancanza dell'oggetto. L'istituzione però non nasce rispetto all'eredità aperta ma non devoluta. Uno è stato istituito erede sotto condizione, il testatore è morto e la condizione non s'è ancora verificata. Uno può prima dell'avverarsi della condizione accettare l'eredità? La cosa è molto controversa. Per il Diritto romano l'eredità non solo doveva essere aperta, ma anche devoluta, di modo che se l'eredità, sebbene aperta, non fosse devoluta e l'accettazione avvenisse prima della devoluzione, l'accettazione era nulla. Alcuni vogliono seguire quest'opinione anche per il diritto nostro. Noi ci domanderemo: c'è ragione di ritenere questo per il codice nostro? Mancando una disposizione espressa di legge, dobbiamo indagare la ragione d'una certa opinione e vedere se la disposizione del Diritto romano sia conforme ai principi del diritto nostro. Per ciò che riguarda l'eredità non aperta, è indubitato che l'accettazione è nulla, per mancanza del



l'oggetto, in quando l'eredità futura non può essere oggetto di alcun atto giuridico. Si può dire lo stesso per l'eredità non ancora devoluta? Nessuna disposizione v'è nella legge a tale proposito. Come si può rinunciare ad un diritto futuro così si può accettare un diritto futuro, nella eventualità che venga deferito. Quindi non essendovi alcuna disposizione di legge dobbiamo ritenere che l'accettazione dell'eredità aperta e non ancora devoluta, per una ragione qualsiasi, sia valida ma naturalmente non produrrà effetto se l'eredità non venga poi a devolversi.

Un'altra quistione a questo proposito è quella se l'erede debba avere piena conoscenza dell'avvenuta apertura; cioè se non solo l'eredità dev'essere aperta e devoluta perché l'accettazione sia valida, ma occorra ancora, come i Romani volevano che l'erede abbia piena conoscenza dell'avvenuta apertura e devoluzione. Dimodoché per Diritto romano anche se obbiettivamente l'eredità era aperta, ma l'erede erroneamente avesse creduto che il defunto era ancora vivo, l'accettazione era nulla. La ragione che se ne adduce è che in tutti i casi in cui entra la volontà bisogna riguardare non solo la volontà, ma anche all'intelligenza, alla quale la volontà s'informa. E così in questo caso vale più l'opinione che la realtà, vale più la falsa credenza che la eredità fosse non aperta, anziché la realtà (*plus est in opinione quam in re*) e così si equiparava il caso di falsa credenza al caso vero, reale; onde come nel caso di eredità non ancora aperta l'accettazione era nulla, così anche se l'eredità si credesse non aperta, l'accettazione era parimenti nulla.



la. Il codice nostro tace; gli autori in generale seguono il Diritto romano. Ma a dire il vero io non mi son mai potuto capacitar come possa accogliersi quest'opinione nel diritto nostro, perchè quando alcuno vuole una cosa contraria alla legge, ma la sua volontà non trova corrispondenza nella realtà dei fatti, e quindi resta allo stato puramente interno, subiettivo, psicologico, si ha forse un fatto contrario alla legge? No, perchè un fatto sia contrario alla legge si richiedono due elementi: l'intenzione ed il fatto reale; un fatto si dice antigiusidico non solo quando si voglia compiere l'atto contro la legge, ma quando effettivamente s'è compiuto. Se alcuno voleva compiere un fatto contrario alla legge, ma invece ha compiuto un atto conforme alla legge, della sua intenzione non si può tenere conto, in base al principio che nel campo del diritto l'intenzione non ha efficacia se non sia estrinsecata in atti reali. Ora, posto questo principio generale intorno agli atti giuridici dovremmo dire che anche se alcuno avesse avuto l'intenzione di contravvenire alla legge che dice di non accettare un'eredità non ancora aperta, e l'accetta credendo ciò, ma di fatto, nel momento che accettava, l'eredità era aperta, la sua intenzione contraria alla legge non può avere importanza giuridica e l'atto dev'essere ritenuto valido. Perché i Romani dicevano il contrario? Perché i Romani in materia successoria erano molto rigorosi, ed in base a questo rigore andarono fino a delle conseguenze spinte che sono contrarie a tutti i principii dello stesso Diritto romano. Permesso in base al principio che più vale il fatto materiale, anzichè l'intenzione (il che costituisce appunto la differenza



tra la morale ed il diritto, in quanto nel campo della morale l'intenzione è tutto, e il fatto esterno è cosa secondaria, mentre invece nel campo del diritto è la res che s'imputa, e il fatto esterno in quanto corrisponde alla dichiarazione interna di volontà) in base a questo principio, ripeto, non esaltate l'autorità di tutti gli scrittori francesi e italiani, crediamo che se alcuno per caso strano accetta l'eredità effettivamente aperta, ma non sapendo che fosse aperta, l'accettazione è valida.

Questi sono i requisiti per l'esistenza. Ora veniamo ai requisiti per la piena validità. Anzitutto abbiamo la capacità. Non tutti sono capaci di accettare l'eredità, appunto perché l'accettazione dell'eredità si considera come un atto di disposizione in quanto dall'eredità non provengono solo dei vantaggi, ma spesso provengono dei danni e quindi la legge ha dovuto richiedere non già la capacità semplice per gli atti d'amministrazione, ma la capacità per gli atti di disposizione.

Il nostro codice enumera tassativamente quali sono questi casi di incapacità: i minori non emancipati non possono da sé soli accettare l'eredità, se sono sottoposti alla patria potestà hanno bisogno della rappresentanza del genitore che esercita la patria potestà (art. 930, 296), se sono sottoposti alla tutela hanno bisogno del tutore più l'autorizzazione del Consiglio di famiglia (art. 930, 296). I minori emancipati hanno bisogno dell'assistenza del curatore, più dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia (art. 930, 319). Se si tratta d'interdetto o per infermità di mente o per condan-



ne penali anch' egli avrà bisogno della rappresentanza del tutore autorizzato dal Consiglio di famiglia (art. 930, 996 e 999). Se trattasi d' inabilitate basta la semplice assistenza del curatore (art. 930, 940). La donna maritata ha forse bisogno dell' autorizzazione del marito per fare l' accettazione dell' eredità?

Sì, pel Diritto Francese ed anche per i codici italiani precedenti, perché la donna maritata era dichiarata incapace di compiere qualsiasi atto eccedente la semplice amministrazione. Il codice nostro ha ristretto di molto la incapacità della donna maritata, non si può dire che la donna maritata sia incapace di compiere atti eccedenti la semplice amministrazione, non si può dire che sia incapace ad assumere delle obbligazioni; la donna maritata non può compiere che certi determinati atti tassativamente indicati dalla legge, dimodoché se in quegli atti determinati dalla legge non se ne incontra uno, ancorché questo sia di disposizione ed importi assunzione d' obbligazione, la donna maritata può benissimo compirlo. Ora nell' articolo 134 C.C. non si trova l' accettazione della eredità, e quindi la donna può accettare l' eredità senza l' autorizzazione del marito, ancorché ciò possa importare effetti dannosi per la famiglia.

Di queste incapacità il codice parla negli articoli 930 e 931.

Bisogna aggiungere ... completare il concetto che questi incapaci, minori, interdetti inabilitati, ancorché si facciano rappresentare, ancorché abbiano l' assistenza del curatore



l' autorizzazione del Consiglio di famiglia, pure essi debbono accettare per forza col beneficio dell' inventario. Due limiti pone la legge per queste persone, cioè non possono accettare da sole, ma col concorso delle persone indicate dalla legge, in secondo luogo, che anche agendo col concorso di queste persone debbono accettare col beneficio dell' inventario.

---



## Lezione X<sup>e</sup>

### Sommario

*Continua: dell' accettazione in genere. Incapacità delle persone giuridiche. Vizi del consenso. Errore, violenza, dolo, lesione. Le azioni di annullabilità. La revoca dell' accettazione compiuta in frode dei creditori.*

Nella passata lezione parlammo delle persone fisiche incapaci d' accettare da sole l' eredità, ora bisogna discorrere delle persone giuridiche. Abbiamo visto che le persone giuridiche sono capaci di succedere, ma possono accettare da sé, per mezzo dei rappresentanti, senz' altro? No, le persone giuridiche hanno bisogno di speciale autorizzazione per potere accettare l' eredità, come per potere accettare legati e donazioni. Art.º 932 C. C. « Le eredità devolute ai corpi morali non possono essere accettate che coll' autorizzazione del governo da accordarsi nelle forme stabilite da leggi speciali ». Quali sono queste leggi speciali? La legge 5 Giugno 1850, la quale poi venne modificata dalla legge 21 Giugno 1896. La legge del 1850 dispone che tutti i corpi morali non possono acquistare a titolo gratuito senza autorizzazione governativa, è necessario che vi sia un decreto reale, su proposta dei ministri competenti, a seconda delle varie persone giuridiche e previo parere del Consiglio di Stato. Questa legge del 1850 venne modificata dalla legge 21 Giugno 1896 che dispone che i comuni, le provincie, le opere pie o istituti di beneficenza, debbono



ottenere autorizzazione dal Prefetto, previa autorizzazione della Giunta Provinciale Amministrativa. Sicché mentre per la legge del 1850 tutte le persone giuridiche in generale, dovevano ricorrere direttamente al governo per l'autorizzazione per la legge speciale del 1896 i comuni, le provincie, le opere pie, basta che ottengano l'autorizzazione della G. P. Amministrativa ed il decreto prefettizio. Però la legge del 96 ha un'efficacia limitata, in quanto ha riguardo soltanto ai comuni, alle provincie, alle opere pie in modo tale che per tutte le altre persone giuridiche s'applica la legge del 1850. Quale è la efficacia di quest'autorizzazione prefettizia o governativa a seconda dei casi? È essa richiesta nell'interesse delle persone giuridiche ed è richiesta nell'interesse sociale? E quindi, venendo alla conseguenza pratica, la mancanza dell'autorizzazione produce solo annullabilità dell'accettazione o produce la vera e propria nullità, l'inesistenza? Fin ora abbiamo parlato delle altre persone incapaci ad accettare da sé l'eredità ed abbiamo detto che l'incapacità di queste persone genera una nullità relativa, perché se la legge dichiara incapaci i minori, gli interdetti, gli inhabilitati, ciò fa per tutelare gli interessi di tali persone che potrebbero essere danneggiati coll'accettazione dell'eredità. Diverso invece è il criterio da cui parti il legislatore nell'esigere l'autorizzazione per le persone giuridiche; egli ha creduto necessario l'intervento dello stato non per tutelare soltanto l'interesse delle persone giuridiche e per vedere se esse compiendo l'accettazione facciano un affare lucroso o dannoso, ma più per



tutelare l'interesse sociale, per vedere se il lascito, la donazione, l'istituzione di erede siano fatti con lesione degli interessi della famiglia o senza questa lesione. Il legislatore è partito dal principio che bisogna limitare la mano morta, ed ha considerato che vi sono delle persone le quali a scopo di filantropia o di pietà male intesa, potrebbero lasciare tutto il patrimonio ad enti morali, privando, del necessario le persone che ne avrebbero maggior diritto perché legati da vincoli di sangue. Per tutelare tutti questi interessi si richiede l'autorizzazione governativa o prefettizia, mancando la quale, l'accettazione è senza effetto, il che vuol dire è nulla e non già semplicemente annullabile.

Ma le persone giuridiche è anche lo Stato, e vi sono anche gli stati esteri. Lo Stato ha anch'esso bisogno d'autorizzazione per l'accettazione d'una eredità ad esso devoluta per testamento? Se lo Stato succede in mancanza di parenti del defunto, tutti sono d'accordo nel ritenere che non c'è bisogno d'autorizzazione, è una successione necessaria per togliere l'inconveniente pratico che deriverebbe dalla vacanza: lo Stato è successore di tutti gli individui che non lasciano parenti fino al decimo grado. Ma se un privato, caso veramente poco comune, lasciasse il suo patrimonio allo Stato o ad un'amministrazione dello Stato, come per es. al Ministero dei L. E. P. o al Ministero delle Finanze ecc., c'è bisogno, per accettare l'eredità l'autorizzazione del governo stesso? Alcuni autori dicono sì e sono la maggioranza, altri dicono no. Finché lo Stato, secondo i primi, ha bisogno d'autorizzazione.



ne governativa, perché lo Stato non differisce dalle altre persone giuridiche, e come tutte le persone giuridiche sono sottoposte a questa autorizzazione, così dev' esservi sottoposto anche lo Stato. Ma si dica, sostengono sempre questi autori, che ciò sia strano, perché nello Stato bisogna distinguere due personalità: lo Stato come ente politico e lo Stato come persona giuridica. Lo Stato come persona giuridica ha bisogno dell' autorizzazione dello Stato come ente politico. Quest' opinione non è sostenibile secondo me. La doppia personalità dello Stato è una finzione, non è una realtà; lo Stato è unica persona, in quanto esercita poteri di diritto pubblico si dirà persona pubblica, in quanto esercita poteri di diritto privato si potrà considerare come persona privata, ma in sostanza c' è unità di persona. Che essendosi unità di persona è inconcepibile uno sdoppiamento della personalità; e quindi è inconcepibile che lo Stato autorizzi se stesso. Vero è che se si istituisce vede il Ministero delle Finanze, il Ministero della P. Istruzione, ci vorranno delle formalità speciali per accettare la successione, ma queste formalità avranno un valore puramente amministrativo, perché nessuna amministrazione dello Stato può compiere un atto senza osservare la legge sulla contabilità dello Stato e certe norme stabilite da leggi speciali. La mancata osservanza di queste norme però non porterà un effetto puramente interno nei riguardi amministratori, nei rapporti che intercedono tra le varie amministrazioni ed il governo centrale, non già effetti di ordine giuridico.



Anche gli Stati esteri possono succedere ad Italiani ed a stranieri i quali muoiono in Italia e lasciano dei beni situati nello Stato italiano. Se lo Stato estero deve appropriarsi dei beni situati in Italia in base a successione, l'accettazione dello Stato estero deve avere bisogno d'autorizzazione del nostro governo o pur no? Alcuni dicono di no, perchè si basano sul fatto che essendo ogni Stato indipendente e sovrano non può esser costretto a subire l'autorizzazione del nostro Governo, la quale verrebbe a menomare la sovranità e l'indipendenza dello Stato estero. Si nota però in contrario che tale menomazione non c'è, perchè lo Stato estero anche sottoposto ad autorizzazione governativa, non viene a perdere in nulla la sua autorità politica; e d'altra parte è giusto che dovendo lo Stato estero occupare dei beni situati nel territorio italiano, il governo d'Italia sappia se tale successione segua secondo le norme di legge e se vi sia stata o pur no lesione dei parenti legittimi del testatore. Anche gli Stati esteri quindi hanno bisogno dell'autorizzazione governativa.

Altri requisiti per la validità dell'accettazione sono quelli comuni a tutti i negozi giuridici; ci vuole la mancanza di dolo e di violenza, cioè il consenso perfetto. Però se l'accettazione è compiuta per errore, bisogna notare che l'errore a differenza di tutti i negozi giuridici non inficia l'atto d'accettazione. Questo è detto nel Codice all'art° 342. Per il Diritto romano l'accettazione non poteva annullarsi che solo



nel caso di violenza. Dove fosse intervenuto l'errore o anche il dolo l'accettazione non era impugnabile. Perché i Romani non vollero che l'accettazione fosse annullabile per errore? Perché l'errore che ordinariamente può intervenire nell'accettazione dell'eredità è l'errore che cade sulla sua entità patrimoniale; questo è l'errore più comune; se ne possono essere altri, ma sono trascurabili. Ora siccome i Romani partirono dal principio che l'eredità è un mero nomen juris poco importa se nel contenuto dell'eredità vi sia o no sostanza patrimoniale, o se il passivo superi l'attivo. Per conseguenza ritennero che nemmeno il dolo potesse essere causa d'impugnativa, perché il dolo non è che una delle possibili cause dell'errore. L'errore infatti può provenire da diverse cause, può provenire da un falso concetto che spontaneamente ci facciamo della cosa, oppure da un falso concetto che altri colle sue arti ha fatto nascere in noi intorno alla realtà della cosa. Nel primo caso si ha errore spontaneo, nel secondo caso si ha errore indotto, derivante da fatto altrui. Il codice nostro però oltre ad ammettere come causa d'impugnativa la violenza, ha ammesso anche il dolo; ma l'errore per se stesso, cioè quello che non sia effetto delle arti altrui, bensì di una nostra illusione, di un falso concetto che ci siamo formati, non è per la nostra legge causa d'impugnativa. È causa d'impugnativa solo se l'errore è originato dai raggi, dalle arti altrui.



Teniamoci all'errore. Abbiamo detto che l'errore non può essere causa di nullità dell'accettazione e ciò dicendo intendiamo comprendere sotto la parola errore, qualsiasi specie di errore; quindi, notate, non soltanto l'errore che cade sulla sostanza della cosa cioè sulla entità patrimoniale della cosa, perchè questo risulta dal codice stesso, in quanto si dice che non è impugnabile l'accettazione nemmeno se si sia lesione e la lesione si sarebbe quando il passivo supera l'attivo; ma anche quando si tratta di altra specie d'errore. Ciò crediamo in contrasto cogli altri autori. Supponiamo che l'errore cade non sulla sostanza della cosa, ma sulla appartenenza dell'eredità; una persona accetta l'eredità di taluno perchè credeva che quel tale fosse suo parente, qui c'è errore che cade sulla persona alla quale apparteneva l'eredità. Ora quest'errore può inficiare l'accettazione? Noi diciamo: no, perchè il codice adoperando la frase che l'accettazione può essere impugnata per violenza o per dolo, ha escluso qualsiasi errore. Ora l'errore sulla persona è una specie d'errore che la legge quando parla dei contratti, tratta egualmente che l'errore sulla sostanza della cosa. Per il nostro codice l'errore sulla persona per cui riguardo si compie l'atto giuridico, non importa inesistenza, ma semplice annullabilità. Sicchè la legge eliminando l'errore dalle cause per cui si può impugnare l'accettazione, l'ha eli-



minato in tutti quei possibili casi, in cui se si trattasse di altro atto giuridico, questo sarebbe annullabile; quindi non solo l'errore sulla sostanza, ma anche l'errore sulla persona per cui riguarda fu accettata l'eredità, non hanno alcuna influenza sulla validità dell'atto. Sussiste l'errore che importa mancanza di consenso si ha in un altro caso, quando volendo accettare l'eredità di Cajo, per sbaglio di chi ha manifestato la sua volontà o del notaio che ha scritto l'atto, o dell'ufficiale telegrafico che ha trasmesso la volontà, ecc. accetta l'eredità di Tizio. In questo caso, siccome la volontà interna non coincide colla dichiarazione esterna, c'è mancanza di consenso. Perciò l'errore vicia l'accettazione solo quando sia derivato dalle male arti delle persone interessate.

Di questo riguardo si fa una questione. Perché l'accettazione possa essere impugnata a causa di dolo, si richiede che il dolo parta da uno degli interessati, oppure basta che vi sia il dolo, da chiunque sia derivato? La questione nasce perché il codice civile seguendo la tradizione romanistica, rende impugnabile il contratto solo quando il dolo sia derivato dall'altra parte contraente, invece se il dolo è derivato da un terzo, il contratto non è impugnabile. Ora che cosa si deve ritenere rispetto all'accettazione? Divergli autori, di cui discorremmo nella passata lezione, che partono dal



concetto falso che l'accettazione sia un contratto od un quasi contratto, non hanno difficoltà ad applicare lo stesso principio posto dalla legge rispetto ai contratti; poiché per i contratti, dicono costoro, la legge dispone che il dolo allora inficia il contratto quando deriva dall'altra parte, lo stesso dobbiamo dire per l'accettazione; questa sarà annullabile, solo se il dolo deriva da persona interessata all'accettazione, come sarebbero i creditori ereditari. Invece noi che partiamo dal concetto opposto che l'accettazione non sia contratto, né quasi-contratto, ma un atto unilaterale, diciamo che la regola concernente il dolo per i contratti non è applicabile all'accettazione dell'eredità perché è regola di diritto eccezionale, poco o niente giustificabile e quindi deve rimanere nei limiti assegnati dalla legge, ossia deve essere applicata soltanto ai contratti; mentre per tutti quegli atti che non possono considerarsi contratti deve applicarsi il principio generale che ogni qualvolta il consenso non sia perfetto lo atto è annullabile.

Intorno alla violenza c'è poco da dire. Si applicano gli stessi principii che valgono per i contratti. La violenza può essere fisica e morale e la violenza morale deve essere tale da fare impressione ad un uomo sensato. La violenza sia che parta da un terzo o dall'interessato rende sempre annullabile l'accettazione. Il codice dice ancora che l'accettazione non è impugnabile per causa di lesione. E questa disposizione è stata posta dal nostro codice appunto perché il codice francese pure ammettendo



che l' accettazione non potesse impugnarsi se non per dolo e riddenza faceva eccezione per il caso di lesione oltre la metà, derivante dalla scoperta di un testamento sconosciuto al tempo dell' accettazione. L' accettante poteva far rescindere l' accettazione per lesione ultra dimidum. Il nostro codice non ha voluto sapere di ciò, però anch' esso s' è giustamente preoccupato del caso della scoperta di testamento ignoto al tempo dell' accettare, regolandolo nell' ultimo capoverso dell' art. 342. Se alcuno dopo avere accettata l' eredità in base a testamento o a successione legittima viene a scoprire un altro testamento in cui si contengono dei legati prima sconosciuti, di modo che il pagamento di questi legati importerebbe un' esorbitanza del passivo sull' attivo, in questo caso l' accettazione non si può paragonare a quella che ha luogo dopo avere fatto i calcoli opportuni; ed è perciò che la legge dispone che sebbene l' accettazione non sia impugnabile, pure l' erede che si trova in questa condizione speciale non è obbligato a pagare i legati oltre l' attivo ereditario e di più può sempre prelevare dall' attivo ereditario ciò che gli spetta per diritto di legittima. Per l' applicazione della norma ora esposta, occorre che s' avverino tre requisiti di fatto: 1°) che l' accettazione sia avvenuta e senza il beneficio d' inventario; 2°) che dopo l' accettazione si scopra un testamento il quale istituisce erede la stessa persona che ha accettato, perché se si facesse nuova istituzione d' erede, allora venendo meno la stessa vocazione ereditaria dell' accettante la questione non nascerebbe, oppure sia un testamento che contenga solo di



sposizioni a titolo particolare; 3°) che i legati contenuti nel nuovo testamento o da soli o insieme con i legati contenuti nel precedente testamento superino l'attivo ereditario, conchietto l'erede, pagandosi, dovrebbe soffrire una perdita. Quando s'è accettata l'eredità, l'erede riteneva che l'attivo superava il passivo e perciò ha accettato puramente e semplicemente senza il beneficio dell'inheritario; sicché quando s'è posteriormente scoperto un testamento, evidentemente egli si trova defraudato nelle sue giuste aspettative, i suoi calcoli risultano errati e non per colpa sua; quindi la legge gli viene in soccorso dandogli il diritto di pagare i legati non oltre l'attivo ereditario: e se egli ha pagato i legati di un primo testamento per intero ed i legati posteriori vengano a superare di gran lunga l'attivo ha diritto di fare ridurre i legati pagati precedentemente, di modo che i legati pagati e da pagare non superino cumulativamente l'attivo ereditario. Inoltre la legge dice un'altra cosa che a prima vista non si capisce bene: cioè che all'erede resta salva la porzione legittima che gli sia dovuta. Dicevamo "a prima vista", perché essendo la quota di riserva per se stessa inattuabile, parrebbe che lo erede avesse sempre il diritto di prelevare dall'attivo ereditario la sua porzione di legittima, prima di passare al pagamento dei legati; e questo in tutti i casi, anche se avesse accettato puramente e semplicemente; e perciò la salvaguardia di cui si parla nella fine dell'art° 942 sarebbe meramente superflua. Ma non è così: il nostro codice, a differenza del diritto anteriore, prescrive, come



vedremo a suo tempo, la necessità del beneficio dell'inventario per avere sempre, e contro tutti i donatari e legatari, salvo il diritto alla legittima. Infatti nell'art° 942 dispone che « l'erede a cui è dovuta la legittima, quantunque non abbia accettato col beneficio d'inventario, può far ridurre le donazioni ed i legati fatti ai suoi coeredi ». Doude risulta, per argomentazione a contrario che se non ha accettato con beneficio d'inventario non può far ridurre le donazioni ed i legati fatti ad estranei. Perciò la necessità di fare espressa riserva del diritto alla legittima nel caso contemplato nell'art° 942. Cosicché in quell'articolo, l'erede, sebbene abbia accettato puramente e semplicemente, è rispetto ai legati (ai legati, si noti, non già anche ai debiti) equiparato all'erede con beneficio d'inventario, in quanto 1° egli ha diritto di pagare i legati *intra vires*, 2° ha diritto, per far salva la sua legittima, di ridurre i legati anche se fatti ad estranei e non soltanto quelli fatti ai coeredi.

Così abbiamo parlato dei vari casi in cui manca la piena validità dell'accettazione. Quali sono le conseguenze? Quando mancano i requisiti per l'esistenza, l'accettazione è inesistente; quando mancano i requisiti per la piena validità l'accettazione è annullabile. Si domanda ora: il diritto di far valere l'inesistenza dell'accettazione si prescrive o no? Il diritto di fare annullare l'accettazione in quanto tempo si prescrive? Il diritto di fare dichiarare inesistente un'accettazione, di considerare l'accettazione come non mai avvenuta, e ciò quando man-



cano i requisiti essenziali, per me è un diritto imprescrittibile, mentre per gli altri autori è un diritto che si prescrive in trent'anni. Perché è un diritto imprescrittibile? Perché quando si compie un atto giuridico nullo, siccome quod nullum est nullum producit effectum, non nasce alcun diritto speciale ad impugnare quest'atto. Se ci fosse un diritto speciale e quindi un'azione corrispondente, certamente questa dovrebbe sottostare al termine di 30 anni per la prescrizione. Ma quando si compie un atto giuridico nullo è come se niente si fosse fatto. Ora quando non s'è fatto niente, c'è sempre il diritto di dire: non ho fatto niente che si dia il diritto d'accampare pretesa verso di me; così se si compie un atto giuridico nullo, la persona contro cui si volessero far valere certe conseguenze può sempre dire: non ho fatto mai niente, non ho mai dichiarato la volontà, in quanto la dichiarazione di volontà è apparente, inesistente, è come se non l'avessi fatta. Supponiamo che uno abbia fatto dichiarazione d'accettare l'eredità, trovandosi nello stato di ubriachezza completa, di demenza, di suggestione ipnotica, ecc. Se i creditori ereditari passati 30, 40 anni si rivolgono contro questo preteso accettante per avere il pagamento dei debiti, questi può rispondere: nulla vi debbo, io sono nella stessa condizione di colui che non ha mai accettato. Nella realtà però accade molte volte che questo diritto di far valere l'inesistente accettazione non ha alcuna pratica efficacia, perché s'incontrano degli ostacoli speciali, non già



perchè sia prescritto. Supponiamo che un erede abbia fatto un' accettazione nulla ed abbia pagato i debiti ereditari. Se dopo 30 anni si ricorda che l' accettazione era nulla, e perciò si rivolge ai creditori ereditari per aver restituite le somme pagate, costoro potranno rispondere: a strattamente avrai il diritto di far dichiarare nulla l' accettazione in quanto non è prescritta l' azione corrispondente; ma se non è prescritta quest' azione è prescritta l' azione per ripetizione d' indebito. Ecco come in molti casi sebbene sussista il diritto questo viene praticamente ad essere inefficace; e forse su questa considerazione d' ordine pratico si fonda l' opinione che noi combattiamo. Successivamente l' azione per impugnativa o per annullamento di un atto esistente ma invalido, è sottoposta a prescrizione.

Ma a quale prescrizione? Vi sono varie opinioni. Secondo me è sottoposta alla prescrizione trentennale, secondo la maggioranza degli autori è sottoposta alla prescrizione quinquennale. Questi autori si basano sull' art. 1300 C.C. in cui si dice che le azioni o di nullità o di rescissione di un contratto durano per cinque anni, in tutti i casi in cui non siano state ristrette a minor tempo. Ora siccome detti autori partono dal concetto errato che l' accettazione sia un contratto, o per lo meno un quasi-contratto, così sostengono che al pari delle azioni di annullamento o rescissione di un contratto, le azioni d' impugnativa d' accettazione di eredità si prescrivono in cinque anni. Vi sono altri però che, pur ammettendo che l' accettazio-



ne non sia un contratto. Vedono che l'art° 1300, se-  
bene letteralmente si riferisca ai contratti pure per lo spi-  
rito abbraccia tutti gli altri atti giuridici, cosicchè il  
termine di cinque anni si deve ammettere anche per  
l'accettazione. Astrattamente costoro hanno ragione, perchè  
logicamente non si trova ragione di sorta per cui le  
azioni d'impugnativa di un contratto si debbono pre-  
scrivere in cinque anni, mentre le azioni d'impugna-  
tiva per gli altri atti giuridici si debbono prescrivere  
in un tempo più lungo. Ma se non c'è la ragio-  
ne logica, c'è la ragione letterale, in quanto la legge nel-  
l'art° 1300 parla semplicemente di contratti, e inoltre que-  
sta è una disposizione eccezionale poichè il principio ge-  
nerale del nostro codice è quello che tutte le azioni rea-  
li o personali si prescrivono in trent'anni. Perciò se la  
disposizione dell'art° 1300 è eccezionale è evidente che  
essa deve ritenersi nei stretti limiti posti dal legisla-  
tore; se la legge parla di contratti, noi non possiamo  
estendere senza altro questa disposizione anche agli atti  
che non sono contratti. Noi riteniamo perciò che le  
azioni per impugnare l'accettazione, o per incapacità,  
o per violenza, o per dolo, non possono prescriversi che  
col decorso di 30 anni dal giorno dell'accettazione. Do-  
veviuto l'annullamento dell'accettazione, siccome esso  
ha effetto retroattivo, le cose ritornano ad primum.  
Quindi l'erede è come se giammai avesse accetta-  
to: potrà perciò rinunciare all'eredità, accettare con  
beneficio d'inventario o anche puramente e sempli-



cemente, e se amore senza aver rinunciato, non accetta-  
to, prima che siano scorsi trent'anni dall'apertura del-  
la successione, trasmette ai suoi eredi la facoltà d'ac-  
ettare. Se rinuncia o lascia decorrere inutilmente il tem-  
po per accettare fissato dalla legge o dal magistrato sull'i-  
stanza degli interessati, si considera come se mai fosse sta-  
to erede, e quindi la sua quota s'accrescerà ai con-  
di o si devolverà a quelli chiamati in grado ulteriore:  
dovrà rendere conto ai coeredi di tutto ciò che ha ri-  
ceuto *jure haereditatis* e d'altra parte i coeredi del-  
bono restituirgli ciò che per obbligo di collazione abbia  
conferito nella massa, e rimborsargli le somme erogate  
per pagamento di debiti ereditari o di legati, o  
per spese di conservazione o di miglioramento dei be-  
ni ereditari. Abbiamo parlato così delle cause di annulla-  
bilità dell'accettazione; vi sono dei casi in cui l'ac-  
ettazione pur essendo valida può perdere la sua effi-  
cacia non ci occuperemo del caso ovvio d'una accetta-  
zione d'eredità fatta da un'erede istituito sotto con-  
dizione risolutiva. Se l'erede istituito sotto condizione  
risolutiva compie l'accettazione, verificandosi la condizio-  
ne risolutiva, siccome è distrutta la stessa vocazio-  
ne ereditaria, l'accettazione viene posta nel nulla  
in quanto essa presuppone l'esistenza di quella qua-  
lità. Il caso più degno di studio è quello in cui  
l'accettazione sia compiuta in frode ai creditori dello  
accettante. Supponiamo che il patrimonio dell'accettante  
sia operato di debiti in modo che basterebbe ap-



pensò per pagare i suoi creditori, a costui è devoluta una eredità in cui il passivo supera l'attivo; allora egli per fare dispetto ai suoi creditori, per defraudare i creditori del diritto che essi hanno sul suo patrimonio, accetta l'eredità onerata, inquantochè avvenendo la confusione del patrimonio suo col patrimonio ereditario, avranno diritto a concorrere su tutto non solo gli eredi personali dell'accettante, ma anche quelli del defunto. Si domanda: in questo caso c'è la possibilità d'intentare l'azione revocatoria o Pauliana da parte dei creditori dell'erede?

Nel Diritto romano ciò è dubbio; nel diritto moderno non potendo dubitarsi che tutte le alienazioni in senso lato, cioè tutti gli atti che importano diminuzione del patrimonio e che sono stati compiuti in frode dei creditori, possono essere revocati per mezzo dell'azione Pauliana, si deve dire che anche per l'accettazione di eredità vale il principio generale di cui nell'art. 1235 C.C. La questione però sorge relativamente all'onere della prova. È noto che perchè s'abbia l'azione Pauliana debbono concorrere i due estremi, cioè il danno subito, fatto questo che si prova facilmente quando si dimostra che il patrimonio coll'accettazione non basta più a soddisfare i creditori; ed il *consilium fraudis*. Or bene, il *consilium fraudis*, deve trovarsi soltanto nel debitore accettante oppure bisogna che vi sia l'accordo fra il debitore accettante e gli altri interessati, ossia i creditori dell'eredità del defunto? La controversia è grave. Il codice all'art. 1235 tiene due vie diverse, a secondo la diversa



natura dell'atto che si vuole impugnare: se l'atto è a titolo gratuito, basta provare la frode nel solo debitore, invece se si tratta di atto oneroso si richiede anche la scienza della frode in colui che ha contrattato col debitore fraudolento. Nel caso dell'accettazione che deve dirsi? L'imbarazzo viene da questo, che l'accettazione non è contratto: e anche se si volesse ritenerlo come contratto, non può agevolmente annoverarsi né tra i contratti gratuiti, né tra gli onerosi. Alcuni ritengono che ci vuole la complicità dei creditori dell'eredità, dimodoché i creditori dell'erede debbono dimostrare non solo che l'accettante fu in frode, ma che anche i creditori dell'eredità furono consapevoli della frode. Altri sostengono che basta provare la frode nel debitore accettante perché l'accettazione possa essere impugnabile. Quale opinione seguiremo? Quest'ultima perché ci sembra la migliore per diverse ragioni, ragioni letterali e ragioni logiche. Anzitutto l'art° 1235 quando richiede la prova della complicità della frode si riferisce al caso più comune, più ovvio, che cioè il complice della frode sia un contraente. Siccome nel caso dell'accettazione non si può parlare di due contraenti, evidentemente la lettera della legge non trova applicazione. C'è un'altra ragione logica migliore di questa. La legge vuole che solo per gli atti a titolo oneroso, sia necessaria la prova della complicità, non per gli altri. Che s'intende per atto a titolo oneroso e a titolo gratuito? Sappiamo tutti che cosa sono i contratti a titolo oneroso e a titolo gratuito, ma non si può appli-



care lo stesso criterio per determinare in generale quale sia l'atto a titolo oneroso e quale a titolo gratuito per gli effetti dell'azione Pauliana. L'accettazione è un atto a titolo oneroso o a titolo gratuito? Se vogliamo applicare il criterio per i contratti, non c'è da raccapricciarsi. Dire che un atto a titolo oneroso non è esatto perché l'accettante non si obbliga mediante un corrispettivo, dire che si tratti di un atto a titolo gratuito non è neppure esatto in quanto non c'è l'animo della liberalità in chi accetta. Se vogliamo estendere la disposizione dell'art° 1235 a tutti gli atti in generale, dobbiamo prendere le frasi «a titolo oneroso o a titolo gratuito» in un senso più ampio: dobbiamo ritenere che allora si ha atto a titolo oneroso allorché una persona, diversa da chi dichiara la volontà, non riceva dall'atto alcun vantaggio, invece se dall'atto riceve qualche vantaggio che non avrebbe ricevuto se l'atto non si fosse compiuto, dobbiamo dire che si tratti di un atto a titolo gratuito. Questo è il criterio che bisogna seguire e che noi con la dottrina dominante abbiamo seguito altra volta discorrendo se la costituzione di dote sia un atto a titolo oneroso o a titolo gratuito per il marito. Per risolvere quest'opinione non abbiamo noi applicato allora i criteri dei contratti, ma abbiamo sostenuto che siccome il marito non riceve dalla costituzione di dote un vero e proprio vantaggio, in quanto deve sostenere i pesi del matrimonio, così si deve dire che è un atto a titolo oneroso. Lo stesso criterio generale dobbiamo applicare per l'accettazione. Crediamo



che sebbene l'accettazione sia un atto unilaterale non informato allo spirito di liberalità pure i creditori del defunto acquistano dei vantaggi che non avrebbero avuto senza l'accettazione. Se l'accettazione non avviene i creditori e i debitori non hanno altra garanzia che il patrimonio del defunto; invece avvenuta l'accettazione, oltre a quella garanzia avranno anche l'altra derivante dal patrimonio dell'erede; quindi c'è un vantaggio su cui non potessimo fare asseguamento. Perciò bisogna dire che l'accettazione sia un atto a titolo gratuito e che chi impugna quest'atto come fatto in frode ai suoi diritti deve provare solo il *consilium fraudis* nel solo debitore, non già la coscienza di frodare da parte degli altri creditori interessati.

---



## Lezione XI<sup>a</sup>

### Sommario

Trasmissione del diritto d' accettare. Le condizioni necessarie perché la trasmissione succeda. Differenza tra trasmissione e successione per rappresentazione. Prescrizione della facoltà d' accettare. Sua indole ed effetti. Casi in cui è abbreviato il termine di 30 anni.

Per completare l' argomento dell' accettazione, in generale dobbiamo disporre della trasmissione del diritto di accettare e della prescrizione di esso, cose di cui più volte, incidentalmente, abbiamo fatto cenno.

Sappiamo che il diritto d' accettare si trasmette sempre senza eccezione, mentre il contrario avveniva nel Diritto romano. Nel Diritto romano se una persona, alla quale era devoluta l' eredità, moriva prima d' accettare, gli eredi non avevano diritto d' accettare in sua vece. Il principio era così formulato da Giustiniano « *Haereditatem nondum aditam veteres transmitti non concedebant, nec nos patimur* ». Questo derivava dal perché si considerava il diritto di accettare come un diritto personale. Con l' apertura della successione l' erede non acquistava un diritto patrimoniale, perché l' eredità non si trasferiva ipso jure, ma solo coll' accettazione, onde prima dell' accettazione non c' era niente nel patrimonio del



chiamato all'eredità. Il chiamato all'eredità aveva il diritto personale che perciò non si poteva trasmettere. Solo eccezionalmente s'ammise in certi casi, che non sto a ricordare, la trasmissione dell'eredità. Invece, il nostro codice, seguendo i principi del diritto consuetudinario francese, ammesse che l'eredità s'acquista ipso jure, sebbene sotto la condizione sospensiva dell'accettazione, non poteva non accogliere la conseguenza necessaria che il diritto d'accettare l'eredità si trasmette agli eredi di colui al quale l'eredità fu devoluta e che non potette accettarla (art.º 939).

Quali sono le condizioni perché possa avvenire la trasmissione di cui parla l'art.º 939? Sono tre: 1º) che sia seguita la devoluzione in favore della persona morta senza accettare; 2º) che questa persona sia morta senza accettare; 3º) che i suoi eredi accettino l'eredità di essa.

Quintutto è necessario che l'eredità sia stata devoluta a favore d'una persona che è morta senza accettare; dico devoluzione e non già semplicemente apertura, perché non basta che l'eredità sia stata aperta, ma occorre che sia stata devoluta in favore di una determinata persona. Noi abbiamo visto altra volta come l'apertura e la devoluzione siano due concetti che coincidono spesso, in quanto nello stesso tempo in cui avviene l'apertura avviene la devoluzione; ma delle volte avviene che



la devoluzione segue in tempo diverso. Infatti la devoluzione non coincide coll'apertura dell'eredità, allorché il primo chiamato rinuncia all'eredità, perché in tal caso la devoluzione in favore di colui che sottentra nel posto del rinunciante si avverrà al tempo della rinuncia; oppure quando uno è istituito erede sotto condizione, nel qual caso la devoluzione avviene quando si verifica la condizione. Perciò abbiamo detto che per trasmettere agli eredi la facoltà d'accettare è necessario che l'eredità sia stata devoluta. Su questo punto nascono parecchie questioni che dobbiamo esaminare. Se colui che è morto senza accettare l'eredità è il primo chiamato dalla legge, o dal testamento, senza dubbio l'eredità è stata a lui devoluta nel momento stesso in cui s'è aperta la successione. Muore un bimbo, lasciando un figlio; nel tempo stesso in cui si apre la successione si devolve l'eredità al figlio. Onde se questi muore prima d'accettare l'eredità, il diritto di accettare si trasmette ai suoi eredi, senza dubbio. Facciamo un altro caso: muore una persona che lascia un figlio ed un fratello. Si tratta di successione ab intestato. Per legge i figli succedono al padre. Se mancassero di figli si passa agli altri parenti più prossimi. Il figlio che si trova ad essere vivente al tempo della morte del suo genitore, ha lasciato passare 10 anni senza accettare. In capo ai 10 anni ha rinunciato, però prima che rinunciasse, in questi 10 anni è morto il fratello del de cuius, colui



al quale sarebbe spettata la successione, in caso di rinunzia da parte del figlio primo chiamato. Si dice: gli eredi di questo fratello hanno essi il diritto d'accezione per trasmissione? La questione si risolve vedendo se al fratello in questo caso sia stato o no devoluta l'eredità, perché se è stata devoluta egli ha trasmesso il diritto d'accettare, se non è stata devoluta non l'ha trasmesso. Ora è viva questione tra i giuristi se la devoluzione avvenga anche in favore dei successi chiamati prima della rinunzia del primo chiamato, oppure avvenga solo al tempo della rinunzia. Perché se la devoluzione in favore del chiamato in secondo luogo avviene solo al momento della rinunzia, in questo caso, siccome il secondo chiamato è morto prima della rinunzia del primo chiamato, la devoluzione non ha avuto luogo, e quindi non ha luogo il diritto di trasmissione. Invece ritenendo che la devoluzione avvenga contemporaneamente in favore di tutti i successibili, sebbene in modo eventuale, ne viene la conseguenza che, sebbene il secondo chiamato sia morto prima della rinunzia fatta dal primo chiamato, egli avendo il diritto d'accettare l'eredità in modo eventuale, che è poi diventato definitivo con la rinunzia, questo diritto l'ha trasmesso. Noi riteniamo che sia giusta questa seconda opinione. La devoluzione nel diritto nostro avviene al momento dell'apertura dell'eredità, non solo in favore del primo chiamato, ma anche in favore degli altri successibili, cioè di coloro che possono



essere chiamati in luogo del primo rinunciante, solo avviene in modo condizionale, eventuale. Ciò in base al principio che la rinuncia ha effetto retroattivo. Quando il primo chiamato rinuncia, egli si considera come se non fosse stato chiamato mai all'eredità e quindi si considera che fosse stato chiamato all'eredità colui che deve succedere in suo luogo. Ora, quando il primo chiamato rinuncia, poco importa che la rinuncia sia avvenuta dopo la morte del secondo chiamato; questi si deve reputare che abbia avuto la chiamata ereditaria e che abbia avuto il diritto di devoluzione e quindi egli lo trasmette ai suoi eredi. Perciò, anche nel caso proposto, gli eredi del fratello del defunto avranno diritto d'accettare l'eredità. Questa opinione si conferma col confronto tra il Diritto romano ed il diritto nostro. Nel Diritto romano la cosa era diversa, perché nel Diritto romano la capacità a succedere si regolava avuto riguardo al tempo in cui aveva luogo la rinuncia. Quindi se una persona potesse o no considerarsi capace di succedere in luogo di un'altra che aveva rinunciato, bisognava vedere se esisteva al tempo della rinuncia. Invece nel diritto nostro per decidere intorno alla capacità a succedere, bisogna sempre guardare al tempo dell'apertura della successione. Sono capaci non già coloro che esistevano nel momento in cui avviene la rinuncia, ma solo quelli che avevano la capacità nel momento in cui si apre la successione. Perciò se incontriamo una persona che esisteva, che aveva tutta



la capacità, al momento dell'apertura della successione poco importa che sia premorta al rinunziante. Finché essa aveva la capacità e la rinunzia ha avuto effetto retroattivo, in modo tale che senza difficoltà si può ritenere verificata a suo favore la devoluzione e quindi acquistato fin dal primo momento il diritto di accettare, che perciò è stato validamente trasmesso. Una diversa soluzione si deve seguire nel caso di uno istituito erede sotto condizione. Una persona istituisce erede per testamento "tizio" si natus ex dia venerit,, cioè si avverrà un dato fatto. Prima che s'avveri la condizione "tizio" muore; e solo dopo la sua morte la condizione s'avvera. I di lui eredi possono accettare l'eredità jure transmissionis? Secondo i principi generali dovrebbe risponderse sì, perché chi muore prima che s'avvera la condizione, è uno che aveva un diritto sottoposto a condizione, ed i diritti sottoposti a condizione, per regola generale, si trasmettono agli eredi; onde, se quel dato avvenimento si verifica anche dopo la morte del titolare il diritto viene ad essere validamente acquistato. Ma in materia testamentaria la cosa è diversa, e ciò per disposizione speciale del nostro codice derivante dal Diritto romano e della quale non si può dare giustificazione sufficiente. L'art° 853 stabilisce che "ogni disposizione testamentaria sotto condizione sospensiva è priva di effetto se la persona a cui favore è fatta muore prima che la condizione si sia verificata,, Da ciò segue che se alcuno è istituito erede sotto condizione, e muore



prima che la condizione si verifichi la sua chiamata ereditaria vale come non fatta, e quindi, anche se la condizione dopo s'avvera, gli eredi non hanno diritto d'accettare per trasmissione inquantochè la devoluzione non era ancora avvenuta al tempo della morte del loro autore, essendosi verificata dopo la condizione. Un'altra questione sorge rispetto alla successione testamentaria, quando alcuno è istituito erede ed a lui è sostituita altra persona, ossia quando c'è la cosiddetta sostituzione volgare. Istituisco erede Tizio, e se Tizio non vorrà o non potrà accettare, gli sostituisco Cajo. Suppongasi che Cajo sostituito muora prima che Tizio manifesti la sua volontà d'accettare o rinunciare, o che Tizio prima chiamato rinunci dopo la morte del sostituito. Si domanda: gli eredi del sostituito hanno diritto di accettare per diritto di trasmissione? Se il sostituito fosse morto dopo la rinuncia fatta dall'istituito, senza dubbio il diritto d'accettare sarebbe passato agli eredi. Ma il caso da me presentato è diverso, cioè è il caso in cui il sostituito sia morto prima che l'istituito abbia rinunciato. Quale principio si deve seguire in questo caso? Il principio che abbiamo accolto in materia di devoluzione successiva, o il principio che abbiamo accolto pel caso d'esistenza di una condizione? Bisogna accogliere il secondo principio. Infatti che cosa è la sostituzione? Non è altro



che una disposizione condizionata alla rinuncia del primo istituito. Quando dico: istituisco erede Tizio e, se Tizio non vuole o non può accettare, sostituisco Caio, fo un'istituzione condizionata, perché io voglio che sia mio erede Caio se Tizio non vuole o non può accettare. Quindi qui si deve applicare l'art° 853 dal quale si dispone che ogni disposizione sottoposta a condizione è senza effetto se il beneficiario muore prima che si verifichi la condizione.

La seconda condizione perché si verifichi la trasmissione del diritto d'accettare è la mancata accettazione da parte dell'erede a cui l'eredità fu devoluta. Questo si spieca da sé. Se l'erede al quale l'eredità fu devoluta abbia accettato, non trasmette il semplice diritto d'accettare, ma trasmette il diritto già acquistato in base all'accettazione. Quando una persona ha accettato l'eredità, morendo trasmette i beni propri e i beni derivati dall'eredità; allora non c'è alcuna specialità. Invece la specialità sorge nel caso che la persona a cui l'eredità è devoluta non abbia accettato, in quanto che allora si trasmettono all'erede non già i beni materiali, non già i diritti e gli obblighi inerenti all'eredità, ma si trasmette il diritto di accettare. Vi è poi un caso in cui anche se la persona a cui l'eredità fu devoluta abbia rinunciato, pur nondimeno



si trasmette il diritto d' accettare. Pare strano questo, ma la straniera scomparirà subito, quando si pensi, che sebbene per principio generale chi ha rinunciato all' eredità, non può di nuovo ritornare sui suoi passi ed accettare, perché la rinuncia è irrevocabile, pure in un caso si fa eccezione; quando dopo la rinuncia, nessuno ha accettato l' eredità, e non siano trascorsi 30 anni, dal giorno dell' apertura della successione, il rinunciante può accettare l' eredità, alla quale aveva rinunciato (art° 950).

Ora supponiamo il caso che una persona abbia rinunciato all' eredità e dopo la rinuncia sia morta. Non sono trascorsi 30 anni dal giorno dell' apertura della successione, e nessun altro ha accettato l' eredità: gli eredi del rinunciante possono essi accettare l' eredità? Sì. Lo stesso diritto che competeva al loro autore, si trasmette agli eredi. Se il loro autore, essendo vivo, nonostante la rinuncia, avrebbe dopo potuto accettare, purché si fossero verificate le condizioni dell' art° 950 C.C. per la stessa ragione potranno accettare i suoi eredi.

Bona condizione: gli eredi che vogliono accettare l' eredità trasmessa dal loro autore, e da costui non accettata, debbono accettare l' eredità del loro autore. Vinio ha lasciato la sua eredità a Cajo, il quale è morto senza accettare. Egli lascia degli eredi per es: dei figli. I figli di Cajo per avere il diritto d' accettare l' eredità di Vinio, (primo de cuius) che cosa debbono fare? Debbono anzitutto accettare l' eredità del loro autore immediato, cioè di Cajo. Ciò si capisce facilmente, perché su che cosa



si basa il diritto d' accettare un' eredità deferita ad una persona e da questa non accettata? Si basa sul principio che questo diritto forma parte di un patrimonio ereditario, quindi chi non accetta l' eredità del trasmittente, non può accettare l' eredità a colui devoluta. E ciò è ben naturale, come può comprendersi da alcuni esempi che io adduco per ragion di comparazione. Sono erede di Tizio: perchè io possa esercitare una azione spettante a Tizio, mio autore, che debbo fare? Debbo accettare l' eredità di lui. Posso esercitare una sola azione, un solo diritto di credito, spettante al mio autore, senz' accettare l' eredità tutta? No, perchè l' eredità è un tutto indivisibile: chi vuole esercitare un diritto ereditario, deve aver accettata tutta l' eredità alla quale il diritto appartiene. Così avviene se gli eredi del trasmittente un' eredità non accettata, vogliono avvalersi del diritto d' accettare questa eredità, debbono prima di tutto accettare l' eredità del loro autore. Quindi se essi rinunziano all' eredità del loro autore perchè passiva, non possono accettare l' eredità che a lui fu devoluta, perchè non ci sarebbe la base del diritto d' accettare. Può darsi però il caso che più eredi del trasmittente non siano d' accordo intorno all' accettazione dell' eredità trasmissa, sebbene tutti siano d' accordo nell' accettare l' eredità propria del loro autore. Che cosa bisogna fare? Il diritto francese antico lasciava al magistrato la facoltà di decidere in questo caso *quid utilius*. Il Codice Napoleone prese u-



na misura che non sembra troppo soddisfacente. Nel caso di disaccordo tra più coeredi del trasmittente bisogna che tutti accettino col beneficio dell' inventario l' eredità trasmessa. Ma giustamente si notò che questo rimedio non è sempre utile, inquantochè il beneficio dell' inventario serve ad evitare l' inconveniente che si verifica nel caso in cui l' eredità trasmessa sia onerata di debiti, e quindi si presuppone che ragione del disaccordo sia stata appunto l' esistenza dei debiti; mentre invece il disaccordo può nascere da tante altre cause a toglier le quali il rimedio del beneficio d' inventario non giova. I vari eredi del trasmittente possono essere in disaccordo tra loro intorno all' accettazione dell' eredità trasmessa, poniamo, per ragioni morali, come per es. nel caso che l' eredità appartenga a persona che abbia avuta relazione illecita col trasmittente. Non solo; accettando l' eredità trasmessa dal loro autore essi dovrebbero per es. mettere in collazione le donazioni fatte al loro autore da chi gli lasciò la eredità; e in vista di ciò alcuni vogliono accettare, altri no. Quindi il disaccordo potendo derivare da varie cause, il beneficio dell' inventario non gioverà sempre a dirimerlo. Il nostro codice perciò ha meglio provveduto, stabilendo che quando tra i vari coeredi del trasmittente vi sia disaccordo intorno all' accettazione dell' eredità trasmessa dal loro autore, chi vuole accettare può accettare da solo senza il consenso degli altri, ed egli solo acquista tutti i diritti e tutti gli



obbligati inerenti all' eredità, mentre gli altri che non hanno voluto accettare restano estranei (art° 340). Abbiamo detto che per accettare l' eredità trasmessa è necessaria l' accettazione dell' eredità del trasmittente. Ma se gli eredi accettano l' eredità del trasmittente, sono forse obbligati ad accettare l' eredità trasmessa? No, perché quando alcuno muore senza avere accettato l' eredità a lui dovuta, trasmette ai suoi eredi il diritto d' accettare, ma insieme col diritto d' accettare trasmette il diritto correlativo di ripudiare l' eredità. Il fatto che gli eredi di Cajo hanno accettato l' eredità di Cajo, non significa che siano obbligati ad accettare l' eredità di Tizio; possono ripudiarla inquantochè essi nell' eredità trovano il diritto d' accettare o di rifiutare. Questo si capisce da sé; ciò nonostante il codice lo ha detto espressamente nell' art° 341.

Giunti a questo punto, è necessario per fissare il concetto della trasmissione ereditaria, rilessare le differenze che vi sono tra la successione jure transmissionis e la successione jure representationis. Di prima vista si potrebbero confondere. Abbiamo già dato un cenno della successione per diritto di rappresentazione: la rappresentazione importa sostituzione legale di una persona in luogo di un' altra la quale sarebbe stata chiamata a succedere direttamente, se non fosse stata incapace o per premorienza, o per indegnità o per assenza. Qui abbiamo un fenomeno a prima vista simile a quello della trasmissione; in quanto ab-



biamo una persona chiamata all' eredità di un' altra, mancava d' acquisto ereditario da parte di questa persona; e infine un terzo che acquista l' eredità in luogo di quello che sarebbe il vero chiamato. Eppure ci sono differenze rilevanti tra la successione per rappresentazione e la successione per trasmissione. In che consistono? Innanzitutto la rappresentazione è sostituzione ex lege. Essa non è possibile se non in quei casi tassativamente determinati dalla legge, sicché il diritto di rappresentazione soltanto si può esercitare, in quanto la legge concede questo diritto indipendentemente dai rapporti ereditari che corrono tra rappresentante e rappresentato; cioè tra sostituto e persona che non ha l' eredità perché incapace. Invece la trasmissione è una conseguenza di un principio generale, cioè l' eredità si trasmette agli eredi di colui che non l' ha accettata perché forma parte del patrimonio ereditario. In secondo luogo diverso è il presupposto della trasmissione e della rappresentazione: questa suppone infatti impossibilità giuridica dell' acquisto da parte del primo chiamato (premorto, assente, indegno): quella invece suppone semplicemente la mancanza del fatto dell' accettazione da parte di chi ne aveva il diritto. Da ciò scaturiscono delle differenze di grande importanza pratica: 1°) Quando s' avvera la trasmissione dell' eredità, la persona che accetta l' eredità trasmessa è successore non già del primo de cuius, dell' autore originario, ma è successore del trasmittente, cioè di colui al quale l' eredità fu devoluta, ma che non accettò perché egli in



tanto acquista l'eredità del primo de cuius e non accettata dall'autore immediato; in quanto trova il diritto d'accettare nel compendio ereditario dell'autore immediato; quindi è successore di costui e non di quell'altro. Invece che cosa abbiamo nel diritto di rappresentazione? Il rappresentante, cioè colui che per sé non avrebbe avuto diritto a succedere, ma che è chiamato per legge in sostituzione di chi s'era chiamato, ma è incapace, e successore non già di costui, ma è successore diretto, immediato del de cuius. Se Testatore muore e lascia un figlio il quale è indegno, i figli di questo indegno possono succedere per rappresentazione. Ma forse costoro sono eredi dello indegno? No, sono eredi del de cuius, sono eredi direttamente del nonno; e lo stesso si dica se la rappresentazione ha luogo pel caso di premorienza del primo chiamato. Invece quando una persona lascia l'eredità ad un figlio, il quale muore prima d'accettare l'eredità, questa si trasmette ai figli del figlio; ma i figli del figlio sono successori del loro padre e non del nonno. 2°) Altra differenza che è conseguenza di ciò che abbiamo detto è questa. Per vedere se una persona è capace a succedere o no, a che tempo bisogna guardare? Se si tratta di diritto di rappresentazione bisogna avere riguardo al tempo della morte di colui, la cui eredità si vuole acquistare; se invece si tratta di diritto di trasmissione, bisogna avere riguardo non già al tempo della morte di quello la cui eredità si vuole accettare, in forza della trasmissione, ma bensì della persona trasmittente. Fac-



ciamo degli esempi: un tale lascia un figlio, il quale è indegno di raccogliere l'eredità. Al momento della morte del padre, questo figlio indegno non ha prole e forse non è neppure coniugato, invece solo uno o due anni dopo ha dei figli. I figli di questo indegno possono per diritto di rappresentazione succedere all'avo? Non possono, perchè essi non erano ancora concepiti al tempo della morte dell'avo, e siccome essi sono successori immediati dell'avo per diritto di rappresentazione, la loro capacità deve sussistere al tempo della morte di costui. Invece facciamo il caso della trasmissione: Tizio lascia l'eredità a suo figlio Cajo, il quale al tempo in cui è morto il padre era scapolo e quindi non aveva dei figli, e solo si ammogliava dopo. Se muore prima d'accettare l'eredità lasciando dei figli, costoro possono accettare l'eredità devoluta al loro padre, ma da lui non accettata nonostante che al tempo in cui è morto l'autore originario, essi erano solo in mente dei? Sì, certamente, perchè essi essendo successori del loro padre e non già dell'avo, poco importa che al tempo della costui morte non fossero nemmeno concepiti. 3°) Un'altra conseguenza ancora. Se si tratta del diritto di rappresentazione poco importa vedere se il chiamato a succedere per rappresentazione sia o no capace di succedere alla persona nel cui luogo s'interpone. Facciamo il caso che una persona abbia lasciato due figli, uno dei quali gli sia premorto e che questo figlio premorto abbia lasciato dei figli. Costoro hanno diritto per rappresentazione alla successione dell'avo, nonostante che essi



siano indegni a succedere al loro padre, cioè alla persona in cui luogo sostentano. E ciò perchè non esercitano un diritto ereditario, ma esercitano un diritto in nome proprio. Invece il contrario accade nel caso della trasmissione. Cinio lascia un' eredità a Cajo, il quale ha dei figli che sono indegni a succedergli. Possono essi accettare l' eredità devoluta al loro padre? No, perchè in tanto esercitano il diritto di trasmissione, in quanto vengono a esercitare un diritto ereditario, che suppone appunto la capacità verso la persona che trasmette.

4°) Un' ultima differenza consequenziale è questa: per esercitare il diritto di trasmissione bisogna accettare l' eredità del trasmittente, invece per esercitare il diritto di rappresentazione non c' è bisogno d' accettare l' eredità della persona in cui luogo si sostentra; si può rinunciare l' eredità di questa persona ed avvalersi del diritto di rappresentazione perchè non sono cose connesse. Chi esercita l' *jus transmissionis*, succede jure cesso, invece chi succede per diritto di rappresentazione succede jure proprio per un diritto derivatogli direttamente dalla legge, non già per diritto ereditario trasmesso da altra persona.

Quindi non è esatto, come dicono gli autori, che i modi di successione siano tre: per diritto proprio, per rappresentazione e per trasmissione. La successione per diritto di trasmissione non è un modo speciale di succedere; è una conseguenza del principio generale che chi accetta l' eredità può esercitare tutti i diritti che sono in essa, e siccome nella eredità si trova il diritto d' ac-



ettare o ripudiare un' altra eredità, così si può esercitare questo diritto. Invece il diritto di rappresentazione è in una figura per sé stante, speciale, perché è un istituto singolare posto dalla legge per certi casi e per certe ragioni speciali.

Abbiamo così parlato della trasmissione del diritto d' accettare. Ma in quanto tempo si può fare l' accettazione? La legge non è stata esigente, ma ha lasciato all' erede un largo spazio per deliberare. L' erede in generale ha facoltà d' accettare puramente o semplicemente o col beneficio dell' inventario o rinunciare, e questa facoltà può esercitarla nel tempo di 30 anni. Fin che dura questo tempo egli è sempre nel diritto di pensarci sì, di riflettere se convenga accettare o rinunciare, se gli convenga accettare in un modo piuttosto che in un altro. Passati i 30 anni che cosa avviene? La legge dice che la facoltà d' accettare si prescrive (art. 943); onde deriva la conseguenza logica che l' erede il quale ha lasciato passare 30 anni senz' accettare, si deve ritenere come rinunciante. Ma questa prescrizione è prescrizione estintiva semplicemente o presuppone un' usucapione in contrario? Alcuni hanno detto: allora la facoltà d' accettare si prescrive, quando l' erede che vuole accettare s' imbatte in persona che possiede i beni ereditari da 30 anni, in modo da averli usucapiti. Quindi la facoltà d' accettare si estingue non direttamente, ma si estingue per riflesso dell' usucapione in contrario. Da tale opinione derivano gravi conseguenze pratiche. Infatti può darsi il caso che una persona abbia



trascurato di accettare l'eredità per 30 anni e dopo se ne sia ricordato. Insorgono allora gl'interessati a dire: «tu non puoi accettare perché è trascorso il tempo stabilito dalla legge». Ma quegli risponde: «non potete negarmi la facoltà d'accettare, perché non avete acquistato alcun diritto all'eredità, non avendo voi usucapito. Come si risolve la questione? Bisogna ricordare un po' i precedenti storici. Nel Diritto romano il diritto d'accettare era imprescrittibile essendo un diritto personale, una manifestazione della libertà della persona umana. Soltanto da questo diritto si decadeva se il magistrato avesse fissato un termine, come lo stesso avveniva se il testatore avesse stabilito il tempo della deliberazione: ma in generale non si prescriveva. Suo il celebre Accursio fondandosi sopra un equivoco credette che la facoltà d'accettare si prescriverebbe. Egli confuse la prescrizione dell'azione di petizione d'eredità colla prescrizione del *jus adremum* sic come trovo nelle fonti che la facoltà d'agire coll'azione di petizione d'eredità si prescriveva quando erano passati 30 anni, durante i quali il terzo avesse posseduto i beni ereditarij, così annunziò che si prescriveva il diritto d'accettare. La sua opinione fu combattuta da molti romanisti, ma venne accolta dalla maggioranza degli autori ed anche da alcune consuetudini francesi e così si ritenne che il diritto d'accettare si prescriveva in 30 anni, prescindendo da qualsiasi usucapione in contrario. Il Codice Francese ha a tale riguardo un articolo che costituisce un vero e proprio enigma, perché dice:



il decorso di 30 anni si prescrive la facoltà d' accettare o di ripudiare. Onde si ebbero vari sistemi per interpretare detto articolo; ed inverso, la direzione presa alla lettura implica una contraddizione, perchè se si prescrive la facoltà di ripudiare, vuol dire che non si può più ripudiare e quindi si è accettanti, se si prescrive la facoltà d' accettare vuol dire che la rinunzia è avvenuta, e quindi il diritto di rinunziare si è esercitato, non già s'è prescritto. Alcuni dissero: bisogna ritenere che l'erede che non manifesta la sua volontà sia rinunziante o accettante a secondo l'interesse delle parti che lo convergono in giudizio. Se sono i creditori, allora nell'interesse di costoro si deve ritenere accettante, se invece sono i coeredi allora si dovrà ritenere come ripudiante. Altri ritennero che si prescrive soltanto la facoltà di accettare; altri ancora che si prescrive soltanto la facoltà di ripudiare. Finalmente alcuni autori sostennero che bisognava considerare se si fosse o no usucapione in contrario: se i terzi hanno posseduto per 30 anni, si deve ritenere che è prescritta la facoltà d' accettare. Se non avranno usucapito i beni ereditari, si deve ritenere prescritta la facoltà di rinunziare. Questi sistemi erano arbitrari, non corrispondenti né al pensiero del legislatore, né alla pratica realtà delle cose. Perciò la giurisprudenza Francese da gran tempo ha lasciato da parte questi sistemi e ritiene che col decorso di 30 anni si prescrive solo la facoltà d' accettare. E il ragionamento su cui essa si fonda è giusto; il nostro legislatore ha detto la Giurisprudenza Francese,



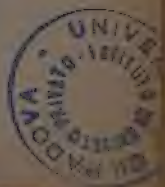
non ha fatto dell' accettare e del ripudiare due distinte facoltà, ma ha concepito le due facoltà come manifestazioni d' un unico diritto, il diritto ereditario, il quale può manifestarsi in due modi: o accettando o ripudiando. Sicché estinta una di queste facoltà, è estinto lo stesso diritto ereditario. Perciò, anche secondo la giurisprudenza francese il decorso del tempo importa prescrizione estintiva, senza bisogno d' usucapione in contrario.

Dati tali precedenti storici noi dobbiamo ritenere lo stesso anche sotto l' impero del nostro codice. Il decorso del tempo che fa perdere la facoltà d' accettare importa prescrizione estintiva, quindi il diritto si perde, ancorché da nessun altro sia stato acquistato. E se così non fosse, che cosa di nuovo avrebbe stabilito il codice nostro, seguendo la tradizione francese ed anche l' opinione prevalente nel diritto comune, rispetto a ciò che disponeva il Diritto romano? Nulla: poiché anche per Diritto romano si perdeva il diritto ereditario di fronte a coloro che avessero usucapito. Quivi dirò di più. Se la legge avesse voluto seguire il puro Diritto romano, avrebbe dovuto dichiarare imprescrittibile la facoltà di accettare: perché tanto vale dire essere necessaria l' usucapione da parte del terzo, per potersi perdere la facoltà di accettare. Avendo invece il codice detto espressamente « la facoltà d' accettare si prescrive in 30 anni » ha fatto chiaramente astrazione dal caso in cui l' usucapione a favore d' altra persona riasi avverata. Ma come si spiega ciò? Si spiega in base ai principi altr



soltanto ricordati: se l'erede all'apertura dell'eredità acquistasse la proprietà in modo definitivo, non si potrebbe giustificare come il decorso di 30 anni basti per far perdere il diritto ereditario; invece ci dovrebbe essere la usucapione in contrario. Chi è proprietario di una cosa, ancorché non ne usi per 30 anni, è sempre proprietario; allora perde la proprietà quando un terzo l'abbia acquistata per usucapione. Invece ritenendo noi che l'erede coll'apertura dell'eredità acquista non il diritto definitivo, ma un diritto sottoposto alla condizione sospensiva dell'accettazione, fino a che questa non è avvenuta, il diritto non può ritenersi acquistato definitivamente. Essendosi prescritto il diritto d'accettare ne segue non tanto l'estinzione del diritto ereditario che non si era acquistato definitivamente; ma l'impossibilità di render definitivo tale acquisto. Perciò, anche se nessun altro abbia accettato l'eredità, anche se un terzo non abbia usucapito i beni ereditari, basta siano passati i 30 anni senz'atto d'accettazione perchè l'erede sia considerato rinunciante in modo irrevocabile.

Ma da qual tempo bisogna cominciare a contare i 30 anni? Il codice non lo dice, ma bisogna incominciare a contarli dal giorno della apertura della successione, perchè in tal giorno avviene di regola la dissolutione ereditaria e quindi nasce il diritto d'accettare. Però sappiamo che vi sono dei casi in cui la dissolutione non coincide coll'apertura della successione, ed allora come si fa? Supponiamo questo caso:





che l'irio sia chiamato in primo luogo o per legge o per testamento ed abbia rinunciato 29 anni ed 11 mesi dopo l'apertura della successione. Gli altri che avrebbero diritto a succedere, hanno notizia di questa rinuncia 2 o 3 mesi dopo; possono o no accettare l'eredità e si può dire che la facoltà d'accettare è prescritta nel decorso di 30 anni? Fu il secondo chiamato a difendersi dicendo che la facoltà d'accettare si prescrive in 30 anni dal giorno in cui ha avuto luogo la deduzione, e siccome la deduzione in suo favore non è avvenuta che il giorno in cui il primo chiamato ha rinunciato, così non sono passati ancora i 30 anni? Se si dovessero contare i 30 anni dal giorno della rinuncia del primo chiamato avremmo questo inconveniente che si potrebbe andare di 30 in 30 anni perciò, secondo la maggior parte degli autori bisogna ritenere che i 30 anni decorrono in danno di tutti gli eredi a cui si devolve l'eredità, sia pure in modo eventuale, perché vero è che la deduzione si verifica il giorno della rinuncia, ma è vero d'altra parte che colui il quale è possibile successore in caso di rinuncia, ha dei mesi per poter rendere certo il suo diritto. Infatti la legge dispone nell'art 952 che i creditori e gli altri interessati possano chiamare innanzi al magistrato l'erede per sapere se intende accettare o rifiutare. Quando alcuno pretende qualche diritto ereditario in subordinazione della rinuncia di un altro procedendo che questa ri-



rinuncia possa protrarsi, potrà citare in giudizio il  
 primo chiamato e fare fissare dal magistrato un ter=  
 mine. Ora essendo dato dalla legge questo mezzo per  
 garantire i diritti eventuali, è da ritenere che anche  
 in danno dei secondi chiamati corre la prescrizione,  
 perchè essi non possono invocare la massima « contra  
 non valentem agere non currit praescriptio » per=  
 chè potevano agire. Ma supponiamo di trovarci di  
 fronte ad un caso d'istituzione condizionale: che dire=  
 mo? L'istituto è istituito erede sotto condizione: la condi=  
 zione è un fatto futuro ed incerto, che non dipen=  
 de dalla volontà dell'istituto e quindi può verificarsi  
 sì anche dopo 30 anni dall'apertura della successione.  
 Significa forse che l'istituto sotto tale condizione ha  
 perduto il diritto di accettare, solo perchè la condizione  
 s'è avverata dopo trent'anni dell'apertura della suc=  
 cessione? No, perchè qui l'istituto non ha il potere  
 di far verificare la condizione; la devoluzione in suo  
 favore non avviene che nel momento in cui si  
 verifica la condizione e quindi solo in quel momen=  
 to egli ha diritto ad accettare, e da quel momento  
 soltanto decorre il periodo della prescrizione, giusto il  
 principio generale « actioni nondum natae non prae=  
 scribitur » Più difficile però si presenta la soluzione  
 nel caso di sostituzione. Se l'istituto rinuncia solo in  
 capo ai 30 anni o lascia decorrere i 30 anni rimanen=  
 do inattivo, può il sostituto accettare finchè non siano  
 decorsi altri 30 anni dalla rinuncia dell'istituto? E



prima vista parrebbe di sì, perché se il sostituto è equiparato all'istituto sotto condizione, dovrebbe accogliersi per il sostituto la stessa decisione accolta per chi è istituito sotto una condizione qualsiasi. Però a noi sembra erranea una tale equiparazione, specie riflettendo alle ragioni su cui si fonda la decisione dianzi accolta. L'istituto sotto una condizione il cui sorto, ficarsi non dipende da lui, è naturale che, non avendo mezzi di agire, non debba incorrere nella prescrizione del diritto d'accettare. Ma non è così per il sostituto. Questi è uno di quegli interessati di cui parla l'art. 351, e che ha perciò il diritto di costringere in via giudiziarla l'istituto a decidersi entro un certo tempo se vuole accettare o rinunciare, ha quindi modo di rendere certo il suo diritto eventuale e di farlo valere. Perciò, rispetto a lui, almeno crediamo noi, la prescrizione corre dall'apertura della successione.

Il periodo di 30 anni è troppo lungo, è contrario all'esigenza dei tempi moderni, che amano la rapidità degli affari, ed è perciò che molte legislazioni lo hanno ridotto. Il nostro codice, come abbiamo accennato, dà il mezzo per abbreviare tale termine, inquantoché i creditori e tutti gli altri interessati hanno diritto di chiamare in giudizio il chiamato all'eredità per sapere se intende o no accettare. Quando il magistrato ha fissato il termine che può essere due, tre o quattro mesi, ed il chiamato all'eredità lo ha fatto scovare senz'aver deliberato, si ha come rinunciante



e quindi nascono gli stessi effetti che nascono dalla prescrizione trentennale. Un altro caso in cui la legge abbrevia il termine è quello dell'art° 952, cioè quando l'erede è nel possesso reale dei beni ereditari, se lascia correre il tempo di tre mesi dall'apertura della eredità o dalla notizia della devoluzione senza compiere le operazioni per il beneficio dell'inventario, perde il diritto di scegliere ed è considerato come erede puro e semplice. Perciò il termine di 30 anni che a prima vista può sembrare dannoso all'esigenza del commercio può essere abbreviato con i mezzi che la legge offre.

---



## LIZIONE XII<sup>o</sup>

### Sommario

Dell' accettazione pura e semplice - Accettazio-  
ne espressa - Accettazione tacita.

Dopo aver parlato dell' accettazione in generale, pas-  
siamo a parlare delle varie specie d' accettazioni, in  
dell' accettazioni pure e semplice e dell' accettazioni  
col beneficio dell' inventario.

Cominciamo dall' accettazione pura e semplice, la  
quale può aver luogo in diversi modi: può essere  
infatti espressa o tacita e può essere legale cioè im-  
posta dalla legge, anche senza o contro volontà del  
l' erede.

E' accettazione pura e semplice fatta in modo  
espreso quando s' ha? Lo dice lo stesso codice in mo-  
do da non lasciar dubbio: l' accettazione pura e  
semplice in modo espreso si ha quando si assume  
il titolo o la qualità d' erede in un atto pubbli-  
co o in una scrittura privata (art<sup>o</sup> 934). Da ciò  
risulta evidente che l' accettazione in modo espres-  
so non si ha con qualsiasi manifestazione della  
volontà, ma è necessario che la manifestazione del-  
la volontà sia contenuta in un atto scritto pubbli-  
co o privato; però se questo è necessario non occor-  
re punto che l' atto contenente l' accettazione sia  
un atto speciale, ad hoc, cioè che abbia per scopo



esclusivo l'accettazione. Non bisogna dunque che per l'accettazione uno si presenti dinanzi al notaio e dica: voglio fare atto d'accettazione; ma basta che si assuma la qualità o il titolo d'erede in un atto pubblico o in una scrittura privata avente tutt'altro scopo. Dunque due sono gli elementi formali per l'accettazione espressa: che vi sia un atto pubblico o la scrittura privata, anche se questa scrittura pubblica o privata abbia per scopo un atto tutto diverso dall'accettazione: e che in tale atto scritto s'assuma il titolo o la qualità d'erede. Se manca la scrittura, non c'è accettazione espressa, anche se solennemente, con espressioni formali, alla presenza di testimoni, siasi dichiarata la volontà d'accettare puramente e semplicemente: e d'altra parte se c'è l'atto scritto, ma in esso manca l'assunzione del titolo o qualità d'erede, non c'è accettazione espressa; ancorchè la natura dell'atto che si compie per iscritto sia tale da presupporre necessariamente la volontà di accettare perchè in tal caso s'avrà accettazione tacita, non già espressa. E in ciò il nostro codice ha seguito il diritto consuetudinario francese che per l'accettazione espressa richiedeva la forma scritta, la quale serve a garantire la verità della volontà.

A questo proposito si domanda se la lettera può valere come scrittura sufficiente per provare l'accettazione espressa. Bisogna distinguere: se la lettera ha uno scopo meramente confidenziale, ancorchè in essa si assuma il titolo di erede, non è prova di dichiarazione espressa, per



Che in questo caso non abbiamo tutto ciò che occorre per la vera scrittura privata: per la cui esistenza non basta già la forma esteriore della scrittura e della sottoscrizione, ma occorre anche che suo contenuto sia una dichiarazione di volontà producente effetti giuridici; e nella lettera confidenziale tale contenuto manca. Quindi se scrivo una lettera ad un amico in cui gli annuncio che mio zio è morto e io son diventato suo erede, questa lettera non può valere come accettazione espressa, invece se scrivo una lettera ad un creditore ereditario dicendogli che come erede gli pagherò il debito, e solo prego di accordarmi una dilazione, tale lettera imporrà accettazione.

Dunque, ritornando al già detto, primo requisito per l'accettazione espressa è la forma esterna della scrittura, è necessario che esista un atto scritto, qualunque ne sia il contenuto; in secondo luogo occorre che in questo scritto si assuma la qualità o il titolo d'erede, senza che sia necessario dichiarare in termini formali la volontà d'accettare puramente e semplicemente. Non è necessario poi che questa qualità di erede si assuma nella parte dispositiva dell'atto; può esserlo anche nella semplice parte enunciativa ciò che importa sì è che quest'assunzione del titolo d'erede sia un fatto della persona di colui che accetta. Se per es. un notaio procede all'inventario dei beni del defunto e dichiara che in questa operazione sono intervenuti Mario, Carlo eredi, questa qualità di eredi, attribuita loro dal notaio non vale a costituire l'accettazione espressa di queste persone. Però, notate, che, anche se l'atto



contenga l'assunzione del titolo o della qualità d'erede, sempre si può discutere se con essa s'intese o no compiere realmente atto d'accettazione. Diverso se non è erede chi non vuole la dichiarazione della volontà per produrre effetti giuridici deve essere corrispondente alla volontà interna; quindi non basta l'esistenza d'un documento scritto, in cui la qualità d'erede siasi assunta, ove effettivamente non ci sia stata volontà d'accettare. La parola erede infatti ha diversi significati: erede si dice anche colui che semplicemente è chiamato all'eredità, che ha l'*jus ad rem hereditatem*, non solo colui che ha accettato l'eredità. Quando la legge dice erede puro e semplice colui che assume il titolo o la qualità di erede parte dal presupposto che questa parola siasi adoperata nel suo significato tecnico. Ma ciò non toglie che in fatto alcuno per ignoranza o inaspettatura possa usare la parola erede nel senso di semplice e successibile. E perciò sarà sempre da ammettere la prova della volontà, che naturalmente sarà a carico di colui il quale avendo assunto la qualità o il titolo di erede pretende di non essere considerato come accettante.

Ma anche quando c'è la volontà di accettare, e ci sia materialmente l'atto scritto, non c'è accettazione se l'atto sia nullo per tale vizio di forma, da togliergli il carattere di scrittura pubblica o privata: se per es. la scrittura privata non fu sottoscritta dalla parte o l'atto pubblico non fu compiuto colle forme volute dalla legge, e, per di più, non possa considerarsi nemmeno come scrittura



privata, perchè le parti non hanno sottoscritto.

Ciò non accade però quando l'atto sia nullo per vizio di forma, tale però da non togliere al documento il carattere di scrittura, per es. io ho fatto una donazione per scrittura privata, in cui ho annunziato la mia qualità d'erede; la scrittura privata non è forma adatta per la donazione, questa certamente per sé è nulla, ma cadrà con essa nel nulla anche l'accettazione? No, questa resta perchè è atto che può stare da sé, e per cui basta una scrittura privata, poco importando nell'atto giuridico fatto in occasione dell'accettazione sia nullo. Dicasi altrettanto, e a maggior ragione, quando l'atto in cui si contiene l'annunzio della qualità d'erede sia annullabile per vizio di sostanza.

L'accettazione espressa però ha poca importanza; perchè? Perchè in generale l'accettazione si fa in occasione d'un atto giuridico, il quale per lo più è un atto di disposizione delle cose ereditarie; ed allora poco importa che si sia assunta o no la qualità d'erede, perchè, come vedremo, basta il semplice fatto di compiere un atto di disposizione, perchè si abbia l'accettazione tacita. L'importanza quindi dell'accettazione espressa è limitata a pochissimi casi, cioè al caso in cui si compia un atto che per se stesso non è atto di disposizione ma un atto d'amministrazione necessaria.

È più importante invece l'accettazione tacita. L'accettazione tacita è quella che, Romani dicevano con frase sceltoria *pro haerede gestis*, quando cioè l'erede fa un atto che presuppone necessariamente la sua volontà d'accettare



l' eredità e che non avrebbe diritto di fare se non nella qualità d' erede, come dice il codice nostro nell' art° 934. Pro herede genere est pro domino genere. Basta il compimento d' un fatto che presupponga la qualità d' erede perchè s' abbia l' accettazione tacita. L' art° 934 ult. cap; a volerlo prendere alla lettera, parrebbe esigere due condizioni per l' accettazione tacita: ammettuto che si compia un atto il quale presupponga necessariamente la volontà d' accettare l' eredità, in secondo luogo che questo atto sia tale che non si avrebbe diritto di fare se non nella qualità d' erede. Però, come si comprende subito, queste due condizioni si riducono ad una, inquantochè la seconda è esplicazione dell' altra, perchè non si può essere atto il quale presupponga necessariamente la volontà d' accettare, che non sia nel tempo stesso atto che si ha diritto di fare solo nella qualità d' erede; e inversamente, non si può essere atto il quale non si possa fare che con la qualità d' erede, che nel tempo stesso non presupponga la volontà di accettare. La legge in sostanza non ha fatto altro che affermare prima in che consiste l' accettazione tacita enunciando un principio generale e comune a tutti gli atti giuridici che si compiono tacitamente; poi ha fissato il criterio per applicare il principio astratto ai casi particolari in cui si può ravvisare accettazione tacita. Infatti è principio generale e comune a tutti gli atti giuridici, essersi manifestazione tacita di volontà ogni volta che si compiano fatti tali che presuppongano necessariamente la volontà di compiere un determinato negozio giuridico, in modo da essersi con-



tradizione tra il fatto e la volontà di non compiere quel negozio. Ma quali siano i fatti da cui si può argomentare la volontà tacita è cosa che si determina secondo le circostanze materiali di essi fatti non solo, ma anche della speciale natura del negozio, che da quelli si argomenta voluto tacitamente. Ora siffatta determinazione, e, in generale, rilasciata al prudente criterio del giudice, qui invece la legge ha voluto essa stessa fissare il criterio per determinare quali fatti importino necessariamente la volontà d'accettare, stabilendo ch'essi son quelli che non si potrebbero fare se non da chi s'è creduto.

Inoltre la nostra legge ha voluto essa stessa determinare dei casi specifici in cui si deve ravvisare l'accettazione tacita, perchè per se stessi potevano dar luogo a dubbi; e altri in cui l'accettazione tacita non si può ravvisare. Però, si noti, che così la legge non ha inteso, né poteva, enumerare tutti gli atti che importano accettazione, né quelli che non l'importano: sicchè resta in molti da applicare il criterio generale. Perciò in base al nostro codice si possono distinguere tre categorie di atti; atti che importano senza dubbio la volontà d'accettare, atti che non importano mai accettazione tacita; atti dubbii che possono o no importare accettazione tacita, secondo l'intenzione in cui vengono fatti, atti dubbii in cui il magistrato non si può attenere a norme certe, ma deve esaminare caso per caso se possa indirettamente ed in modo non dubbio argomentarsi la volontà d'accettare.



1<sup>a</sup> categoria: atti che importano necessariamente la volontà d'accettare sono tutti quelli che una persona non può compiere se non nella qualità d'erede. Così la vendita di cose ereditarie importa accettazione tacita. Infatti chi può vendere le cose ereditarie se non il padrone di esse, se non l'erede? La concessione in usufrutto, in uso, il dare ipoteca sulle cose ereditarie importa disposizione delle cose ereditarie e quindi accettazione tacita. La transazione, il compromesso, la divisione di cose ereditarie sono atti tali che una persona non può compiere se non avendo la qualità d'erede. Se una persona compie questi atti anche senza badare alle conseguenze giuridiche che ne sarebbero derivate, poco importa, egli ha fatto un atto che non si può conciliare col la volontà contraria di non accettare; e quindi anche se il chiamato all'eredità compie una vendita, concede ipoteca, intenta un'azione di divisione delle cose ereditarie e nel tempo stesso protesta che non intende che questo atto sia interpretato come accettazione tacita, questa protesta non vale perché c'è contraddizione tra la protesta e l'atto che si compie, in quanto l'atto che si compie importa necessariamente la volontà di accettare. Per regola generale la protesta compiuta in occasione di un atto, ha efficacia giuridica quando il fatto per se stesso è dubbio ed esso si può interpretare in due modi diversi, può includere due diverse volontà; e in tal caso la protesta vale a manifestare con quale volontà si compie l'atto. Ma quando la volontà emerge chiara



mente, e inutile fare una protesta che distrugga quella volontà che necessariamente si deduce dal fatto. In questi casi ora accennati la legge non li enumera, in quanto rispetto ad essi non si può essere difficoltà di sorta. Invece la legge enumera altri casi che potessero presentare dei dubbi (Art.º 936 C. C.)

Il primo caso è la vendita, la cessione, la donazione dei diritti successorii fatta o a tutti i coeredi o a un estraneo. Questi casi importano accettazione tacita per espressa disposizione di legge. Il legislatore ha voluto mettere tale disposizione perchè questi casi per se stessi potrebbero presentare dei dubbi. Infatti benissimo una persona potrebbe intendere, cedendo o donando il suo diritto ereditario di cedere o donare il *jus ad eundem* e non l'eredità effettivamente acquistata. La legge non s'è preoccupata di tale sottigliezza ed ha stabilito che quando uno vende o cede mediante corrispettivo i suoi diritti successorii, non viene a fare altro che a vendere o a cedere la sua eredità; e ciò poco importa che faccia questo in favore di alcuno dei coeredi o di un estraneo o anche di tutti i coeredi, perchè egli dalla cessione ricava sempre un prezzo, un vantaggio che altrimenti non avrebbe se non avesse acquistata l'eredità. Questo vale non solo nel caso di vendita o di cessione, ma anche nel caso di donazione, ancorchè la donazione sia fatta a tutti i coeredi. Questo caso presentava maggiori dubbi. Quando alcuno dona i suoi diritti successorii a tutti gli altri coeredi, non



segue un effetto diverso da quello che si avrebbe per legge; se egli rinunziasse all'eredità puramente e semplicemente perché anche in questo caso gli stessi coeredi profiterebbero della sua quota. Potendo perciò questo caso presentare dei dubbi, la legge ha disposto che la donazione ancorché fatta in favore di tutti i coeredi importa accettazione tacita. È di vero, c'è grande differenza tra la donazione del diritto successorio fatta in favore di tutti gli altri coeredi e la rinunzia pura e semplice. Quando l'erede dona i suoi diritti ereditari agli altri suoi coeredi, costoro si considerano successori a titolo particolare del donante, non già successori a titolo universale del defunto, e come donatarii non sopportano i debiti senza fatto espresso. Essendo una donazione essa sarà soggetta a collazione, a riduzione, all'azione Pauliana, inoltre dovrà essere fatta nella forma propria delle donazioni, non in quella della rinunzia. La legge finora ha parlato di atti traslativi di proprietà, cioè vendita, cessione, donazione. Ora fa anche un'altra ipotesi, che lo vede farci la rinunzia cioè manifesti la sua volontà di spogliarsi dei suoi diritti ereditari in modo negativo, rinunziando. Ora la rinunzia porta diverse conseguenze a secondo che sia fatta a titolo oneroso o a titolo gratuito. Se è fatta a titolo oneroso, sia a favore di un coerede solo o a favore di tutti i coeredi importa sempre accettazione. Si capisce da sé che la rinunzia fatta in favore di un solo coerede debba importare accettazione perché ciò importa alienazione di



diritti da una persona in favore di un'altra: un coerede viene ad avere più di quello che gli sarebbe spettato in base alla legge o in base al testamento. Ma non si capisce da sé perché debba produrre lo stesso effetto la rinunzia onerosa in favore di tutti i coeredi. Da una parte i coeredi non ricevono nulla di più di quello che conseguirebbero, se la rinunzia fosse fatta senza corrispettivo, e dall'altra il corrispettivo può considerarsi non come prezzo della quota ereditaria, ma come compenso dell'astensione dall'accettare. Perciò la rinunzia in favore di tutti i coeredi ancorché fatta mediante corrispettivo non importava, secondo le consuetudini francesi e secondo il Pothier, accettazione. Si diceva: qui non c'è un *do ut des*, c'è un *facio ut des*, mi astengo dall'accettazione dell'eredità purché mi diate qualche cosa.

Il nostro codice invece interpreta la rinunzia fatta in favore di tutti i coeredi come atto d'accettazione tacita, perché è vero che si potrebbe dire che non c'è alienazione di diritto, ma c'è astensione di fatto, però siccome c'è un vantaggio, un guadagno, un corrispettivo, a cui non si avrebbe diritto facendo la rinunzia pura e semplice, in base a questo corrispettivo la legge interpreta la rinunzia fatta in favore di tutti i coeredi come atto d'accettazione tacita. Su un sol caso contemplato dall'art. 939 la rinunzia importa accettazione: quando è fatta gratuitamente in favore di tutti i coeredi. Rinunziando al



mio diritto ereditario perchè tutti gli altri coeredi che ne avrebbero diritto se ne avvantaggino; in questo caso l'effetto che s'ottiene non è diverso da quello che si avrebbe se facessi la rinunzia pura e semplice innanzi alla Cancelleria della Pretura. D'altra parte io non guadagno nulla, non ho corrispettivo, epperò solo in questo caso la rinunzia fatta in favore di tutti i coeredi non importa accettazione. Ben però si potrebbe domandare. Come va che mentre la rinunzia gratuita in favore di tutti i coeredi non importa accettazione tacita, importa invece accettazione tacita la donazione in favore dei coeredi? Molte volte si concepisce la donazione come una rinunzia, perchè chi dona una cosa non fa altro che rinunziare ad essa. Però la legge quando si tratta di una donazione parte dal principio che chi dona, dona qualche cosa che aveva; invece chi rinunzia può rinunziare ad un diritto non ancora acquistato: la donazione importa sempre volontà di trasferire un diritto che si ha: la rinunzia può importare anche la volontà di non acquistare ciò che si potrebbe.

Questa è la categoria di atti che importano necessariamente l'accettazione tacita, in modo tale che se si presenta uno di questi casi al magistrato, egli non ha libertà di valutare, perchè la legge stessa ne ha già fatto la valutazione.

Vi sono poi atti che per se stessi non importano mai la volontà d'accettare (art. 935 C.C.) Gli atti conservativi e gli atti d'amministrazione temporanea non impor-



tano accettazione tacita. Tali sono: apposizione di sigilli, confezione d'inventari, iscrizione e rinnovazione d'ipoteche, azioni di sfratto per locazione finita. La legge aggiunge una cosa che avrebbe potuto fare a meno di dire, cioè «tranne che con essi non siasi assunto il titolo o la qualità d'erede». Avrebbe potuto fare a meno di dire ciò, perché qui si tratta evidentemente d'acceptazione espressa. Se io domando al magistrato l'apposizione dei sigilli e assumo la qualità d'erede, sebbene l'atto essendo di conservazione non importi accettazione tacita pure c'è accettazione espressa perché c'è assunzione della qualità d'erede. Ma, come si vede, qui l'acceptazione è indipendente dalla natura dell'atto, e perciò ci sarà bisogno della scrittura. Se rinnovo un fido che stava per scadere e lo rinnovo per un anno solo, ma verbalmente, ancorché in questa rinnovazione dico: in qualità d'erede rinnovo questo fido, non si ha accettazione né espressa né tacita; non espressa perché manca la forma scritta, non tacita, perché la natura dell'atto è tale che non presuppone la qualità di erede.

La terza categoria è costituita da atti dubbii che una persona può compiere nella qualità d'erede e può compiere in altra qualità. Es. Un tale fa le spese funebri del defunto, paga la tassa di successione, paga i debiti cosiddetti vergognosi, cioè i debiti colle persone di servizio, per gli alimenti, per il farmacista, per i medici. Tutti questi possono essere atti d'acceptazione o no, a secondo le varie circostanze; e dall'esame di queste il magistrato si formerà



la commissione se siano atti di accettazione o per no, perché per loro stessa natura non importano volontà d' accettare. Se un figlio o un parente fa le spese per i funerali, non si può dire che con questo atto hanno voluto compiere un atto d' accettazione; ma se è un estraneo chiamato all' eredità e che paga le spese dei funerali, evidentemente questo atto può interpretarsi come accettazione. Perciò bisogna guardare alle varie circostanze di fatto e non basta tener conto dell' indole giuridica dell' atto.

---



## Lezione XIII<sup>a</sup>

### Sommario

Accettazione pura e semplice derivante dalla legge (accettazione presunta). I vari casi. Effetti dell'accettazione pura e semplice. Accettazione con beneficio d'inventario. Suoi elementi. Termine per compierla. Perdita del beneficio d'inventario.

Oltre l'accettazione espressa e la tacita c'è anche un altro modo di accettazione, che a dire il vero, secondo i principii rigorosi del diritto non sarebbe vera accettazione. Giacchè, mentre l'accettazione è una dichiarazione di volontà, nessuno è creduto se non vuole, ed il volere si manifesta o espressamente o tacitamente, vi sono molti casi in cui l'erede si reputa accettante in modo puro e semplice per disposizione di legge, e questi sono i casi d'accettazione, come sud dirsi presunta, o meglio, forosa, necessaria o legale.

Quali sono questi casi? Questi casi sono indicati negli art. 953, 967, 952. Per l'art. 953 il fatto della sottrazione o del celamento d'un bene ereditario importa per legge accettazione pura e semplice. Il fatto del celamento o della sottrazione di un bene ereditario non implica per se stesso la volontà d'accettare, implica la volontà di approfittarsi indebitamente d'un oggetto; pure la legge ha voluto riconnettere a questo fatto l'effetto dell'accettazione, che così viene a costituire una pena per l'erede che ha



sottratto o celato dei beni ereditarij; onde anche se dopo il celamento faccia la rinuncia, questa vale come non fatta.

Un altro caso analogo a questo è quello contemplato dall'art° 967. Quando l'erede nel fare l'inventario scientemente omette qualche oggetto, la legge dice che decade dal beneficio d'inventario, il che vale a dire che è considerato come erede puro e semplice e non ha facoltà di rinunciare, o d'accettare col beneficio d'inventario. Il terzo caso d'accettazione necessaria, forzata, legale, è quello sancito nell'art° 952 il quale articolo trova applicazione negli art° 960 fino a 962 che esamineremo più tardi; cioè quando l'erede essendo nel possesso reale dei beni ereditarij, lascia scorrere tre mesi dal giorno dell'aperta successione o dal giorno della notizia della devoluzione dell'eredità senza conformarsi alle prescrizioni di legge intorno all'inventario. In questi tre casi anche senza, anche contro sua volontà, l'erede è reputato erede puro e semplice. Esaminiamo i requisiti di fatto per avervi l'accettazione forzata.

Prima di tutto dobbiamo esaminare i primi due casi i quali hanno grande rassomiglianza fra loro e che si trovano anche nel Codice Francese, mentre il terzo caso non si trova. Primo requisito perchè si abbia l'accettazione forzata nei due casi anzidetti è che vi sia il fatto materiale del celamento o della sottrazione o dell'omissione del beneficio dell'inventario. Infatti l'omissione nell'inventario si può equiparare al fatto del celamento o della sottrazione, perchè quando l'erede nel fare l'inventario omette



un cespite ereditario, ha l'intenzione di nascondere l'esistenza di questo cespite, di sottrarlo agli altri interessati, quindi fa quello stesso che farebbe se materialmente sottraesse o celasse un bene ereditario. Il fatto materiale però non basta, ci vuole la mala fede. La legge a proposito dell'omissione nell'inventario adopera l'espressione «sceutement e con mala fede», ma non dice lo stesso nel caso del celamento. Ma è evidente la necessità del dolo anche in questo caso, perchè l'accettazione presunta si basa sopra una ragione di penalità, e una pena qualsiasi anche di carattere civile, non si può concepire se non si sia la mala fede. Se l'erede per ignoranza cela o sottrae un bene ereditario credendolo proprio, non incorre nella penalità comminata dalla legge, come non si incorre quando nel fare l'inventario per errore o per ignoranza omette di enumerare un bene. In qual tempo deve avverarsi la sottrazione, o il celamento del bene ereditario? Si può avvenire in qualsiasi tempo, oppure perchè produca l'effetto dell'accettazione presunta, deve avverarsi in un certo tempo? Secondo me deve avverarsi in un certo tempo, cioè la sottrazione, il celamento del bene ereditario deve avverarsi prima che sia intervenuta una rinunzia vera e propria. Se l'erede ha rinunziato nelle forme volute dalla legge rinunziando al Cancelliere della Pretura del Mandamento dell'ultimo domicilio del defunto, e dopo questa rinunzia abbia sottratto un bene ereditario, si può dire ch'egli dissenta accettante puro e semplice? Gli autori francesi dicono sì, cioè in qualunque tempo avviene la sottrazione o il



clamamento del bene ereditario si ha sempre la presunzione dell'accettazione ed arrivano all'esagerazione di sostenere che anche quando il clamamento o la sottrazione avvengano prima della morte del *de cuius*, in previsione della possibile morte, c'è accettazione pura e semplice. Noi riteniamo l'opinione contraria per ragioni d'ordine logico e d'ordine giuridico. Se il clamamento o la sottrazione sia avvenuta prima della morte del *de cuius*, questi fatti non possono valere accettazione, perchè sappiamo che anche la stessa accettazione volontaria solenne, prima della morte del *de cuius*, non ha effetto giuridico: non si può avere accettazione dell'eredità d'un vivente. Ora se neanche la dichiarazione di volontà può valere come accettazione, non possono equivalere accettazione questi fatti delittuosi che dalla legge sono equiparati all'accettazione volontaria. Se poi la rinunzia è fatta in tutte le forme solenni, l'erede ancorchè compia uno dei fatti che importano la pena dell'accettazione forzata, non incorre in questa pena, perchè avendo rinunziato, il diritto ereditario è passato già in altre persone o per diritto d'accrescimento o per devoluzione. Quindi il fatto della sottrazione o del clamamento in questo caso è una violazione del diritto altrui per la quale il colpevole sarà passibile di pena secondo il Codice Penale, se ne sarà il caso, o di azione civile; ma non potrà dirsi ch'egli abbia accettato l'eredità puramente e semplicemente, perchè il diritto ereditario è devoluto ad altri. È inconcepibile dopo avvenuta la rinunzia che si possa avere accettazione d'eredità. In un caso, è vero, la legge ammette



il diritto d' accettare l' eredità dopo la rinuncia, cioè quando uno abbia rinunciato, ma i termini d' accettare non siano prescritti e nessun altro abbia accettato la eredità; in questo caso il rinunciante può ritornare sui suoi passi. Ma questa è una disposizione di carattere eccezionale, posta in favore dell' erede, e quindi non si può estendere dal caso di volontaria accettazione ai casi in cui alcuno commette uno di quei fatti i quali per legge importano la pena dell' accettazione forzosa. Perciò la sottrazione, il celamento di un bene ereditario importano accettazione forzosa, solo se avvengono dopo la morte del de cuius e prima della rinuncia.

L' accettazione forzosa che segue nei casi dianzi enumerati produce gli stessi effetti dell' accettazione volontaria. Però i giuriconsulti francesi hanno un' opinione diversa dalla nostra. Essi credono che in questi casi l' accettazione forzosa è in danno dell' erede non già in favore; l' erede si reputa accettante puramente e semplicemente nell' interesse dei creditori, ma nessun profitto può ricavare da quest' accettazione forzosa. Essi si fondano su un articolo del Codice Francese in cui si dice che colui che ha celato o sottratto un bene ereditario, non deve giovare dei beni sottratti o celati. Nel nostro codice manca una tale disposizione e quindi hanno torto quegli autori, come il Papi, Barroni, che seguendo gli scrittori francesi, sostengono anche in Italia che l' erede il quale commette uno di quegli atti che importano accettazione forzosa, è erede in suo danno, non già in suo favore. Dal momento



che il codice lo reputa accettante puramente e semplicemente, dal momento che gli toglie la sola facoltà di rinunciare, egli è erede tanto a suo danno, che a suo favore; in modo tale che se lo attivo ereditario supera il passivo, potrà godere come tutti gli altri eredi i quali accettano puramente e semplicemente.

Esaminiamo il terzo caso che presenta maggiore difficoltà, tanto più che è nuovo nel codice nostro, il quale ha seguito in ciò il codice Albertino. L'art° 952 C.C. prevede la ipotesi che gli eredi chiamati all'eredità siano nel possesso reale dei beni ereditari. Che significa possesso reale?

Lo abbiamo detto e lo ripetiamo: tutti i chiamati all'eredità, anche prima dell'accettazione, anche senza l'accettazione, anche a loro insaputa e senza la loro volontà hanno il possesso dei beni ereditari. Ma quale possesso? Il possesso che gli antichi chiamavano *possessio ficticia, civilis, civilissima*, un possesso ideale, astratto, senza materiale apprensione. Invece l'art° 952 fa l'ipotesi ben diversa, cioè che il chiamato all'eredità oltre ad avere il possesso fittizio, abbia il possesso reale, materiale dei beni ereditari, abbia la detenzione di essi. Ecco perchè si dice possesso reale dei beni ereditari per contrapporre questi eredi che sono nella materiale detenzione a tutti gli altri eredi che hanno il semplice possesso fittizio. Ora se gli eredi oltre ad avere il possesso ideale hanno il possesso materiale dei beni ereditari e lasciano correre tre mesi dal giorno dell'apertura della successione o dal giorno della notizia della devoluta eredità, sen-



na conformarsi alle disposizioni di legge intorno all'inventario, senza fare l'inventario o fare la dichiarazione d' accettare col beneficio d' inventario, decorso questo tempo in cui sono stati inoperosi, essi vengono reputati eredi puri e semplici. Questo è un caso speciale; qui non riscontriamo l' accettazione tacita, in quanto che il possesso non si può considerare come atto di gestione d'eredità perché non importa disposizione, e quindi non è atto che presupponesse necessariamente la volontà d' accettare, ma è un atto che può manifestare la volontà di essere possessore precario, conduttore, ecc. Eppure nondimeno ne deriva l' accettazione necessaria. Questo caso poi si differenzia dagli altri innanzi esaminati, perché in questi s'incontrano atti delittuosi, che in questo mancano. Per il solo fatto che l'erede si trova nel possesso reale dei beni ereditari, e per il fatto che egli non ottempera alle disposizioni di legge intorno all'inventario nello spazio di tre mesi, è erede puro e semplice. La legge è stata esigente nell'interesse dei terzi, perché se è vero, come diciamo, che il termine di 30 anni è troppo lungo la legge stessa sentì il bisogno di limitare tale termine in varie circostanze; e una delle quali è quella indicata nell'art. 952 in cui si dice che i chiamati all'eredità che si trovano nel possesso reale dei beni ereditari perdono il diritto di rinunciare decorso tre mesi dall'apertura della successione o dalla notizia della devoluzione dell'eredità, se non si sono conformati alle disposizioni circa il beneficio dell'inventario, e sono reputati eredi puri



e semplici ancorchè opponessero di possedere tali beni ad altro titolo. Che vuol dire «ancorchè opponessero di possedere tali beni ad altro titolo?» I chiamati all'eredità si trovano nel possesso dei beni ereditari e lasciano trascorrere tre mesi dal giorno dell'apertura dell'eredità o dalla notizia della devoluzione senz'ottemperare ai precetti di legge intorno al beneficio dell'inventario. Essi si vedono citati in giudizio dai creditori, dai legatari, come eredi puri e semplici, ed oppongono: noi non abbiamo fatto altro che ereditare perchè ci considerate eredi puri e semplici? Rispondono gli attori: «eravate nel possesso dei beni ereditari» Replicano gli eredi: «sì, eravamo nel possesso dei beni ereditari, ma non per titolo ereditario, possedevamo questi beni ad altro titolo. Può bastare questa eccezione che, cioè, l'erede possedeva i beni ereditari ad un titolo diverso da quello del diritto successorio, perchè possano esimersi dalla conseguenza di legge, indicata nell'art° 952? La legge dicendo: «ancorchè opponessero di possedere tali beni ad altro titolo» vuol dire che il fatto d'essere nel possesso reale dei beni ereditari costituisce una praesumptio juris tantum, o una praesumptio juris et de jure che non ammette prova in contrario? Alcuni hanno detto che si tratti di una praesumptio juris tantum cioè il semplice fatto di trovarsi nel possesso dei beni importa la volontà d'accettare, induce accettazione forosa, ma se i chiamati all'eredità provano che possedevano questi beni non già a titolo ereditario, perchè erano amministratori del defunto, conduttori, depositari, ecc, evidentemente questa prova gioverà a distruggere quelle conseguenze di legge. La



legge dicono questi autori, adopera la parola opponessero non già provassero; ciò vuol dire che la legge non si contenta e giustamente della semplice asserzione in contrario ma vuole la prova. Questa opinione è infondata. Ommettendo quando la legge dice: opponessero di possedere i beni ad altro titolo non vuol dire dichiarassero, affermassero di possedere, perché direbbe cose ridicole, in quanto si sa che per conseguire il trionfo delle proprie ragioni in giudizio, non basta la semplice affermazione, ma bisogna provare. Se la legge dice così significa che ha previsto il caso ragionevole che non solo si affermi, ma si possa anche provare. Cosicché la presunzione di legge è una *praesumptio juris et de jure*. Ma che vuol dire possedere i beni a titolo ereditario? Facciamo questo caso: gli eredi si trovano nel possesso dei beni del defunto, perché ebbero in donazione questi beni dal defunto stesso. Si può dire in questo caso che si applichi il disposto dell'art. 952? No, la legge parla di possesso di beni ereditari, in modo tale che è necessario per applicare questo articolo che i beni posseduti dagli eredi abbiano la qualità di ereditari, siano beni non usciti mai dal patrimonio del defunto; cosicché se questi beni siano prima usciti dal patrimonio del defunto per atto *inter vivos*, il fatto che il chiamato all'eredità si trovi nel possesso di quei beni evidentemente non si può considerare come possesso di beni ereditari perché non sono più tali e quindi non induce accettazione formale. Per ben comprendere quest'art. bisogna perciò



distinguere, il titolo di possesso dal titolo di proprietà. Se il chiamato all'eredità possiede i beni per un titolo di proprietà diverso da quello successorio, cioè per un atto inter vivos, e indifferente che questo bene che possiede oggi, un giorno sia stato del defunto, esso non è bene ereditario onde l'erede in questo caso può sfuggire alle conseguenze di legge dimostrando che se possiede certi beni che un giorno furono del defunto, li possiede per donazione, per compravendita, o per altro atto che li fece uscire dal patrimonio del *de cuius*. Se invece sono beni ereditari, compresi nell'eredità, e gli eredi li posseggono per un titolo che conferisce il semplice possesso, come per es. deposito, mandato, locazione, anticresi, pegno, allora non giova eccepire l'esistenza di questo titolo perchè i beni sono sempre ereditari, ed il fatto del loro possesso che si trova presso il chiamato all'eredità, muove a costui la presunzione di legge cade su questo punto: cioè basta che si sia nel possesso di cose ereditarie perchè questo possesso si consideri come producente l'accettazione formale.

Abbiamo così parlato dell'accettazione pura e semplice e brevemente. Quali sono gli effetti dell'accettazione? Degli effetti dell'accettazione ci occuperemo quando parleremo degli effetti dell'acquisto dell'eredità e specialmente dei rapporti tra eredi e terzi. Ora li accenniamo soltanto. L'effetto dell'accettazione pura e semplice si riduce a ciò, che l'accettazione pura e semplice importa confusione del patrimonio dell'erede con



quello del defunto. Tutti gli altri effetti sono conseguenza di questo primo. Dall'effetto della confusione del 'patrimonio deriva infatti che l'erede puro e semplice deve pagare tutti i debiti ereditari anche ultra vires, ossia se non bastano le attività contenute nel patrimonio ereditario deve pagare del proprio. Non solo deve pagare tutti i debiti, ma deve pagare anche tutti i legati. Nel Diritto romano l'erede puro e semplice aveva il diritto di ridurre i legati quando questi eccedevano il patrimonio ereditario, colla quarta falcidia; invece per il nostro codice niente di tutto questo l'erede puro e semplice deve pagare tutti i legati. Finalmente si estinguono i diritti dell'erede contro il defunto, come s'estinguono i diritti del defunto contro di lui, e ciò è logico perchè la confusione è un modo di estinzione tanto dei diritti reali che dei diritti di obbligazione. Un effetto importante e nuovo pel nostro codice è che l'erede puro e semplice non può sempre ed in via assoluta domandare la riduzione delle donazioni e dei legati che intaccano la sua legittima. Per il Diritto romano, secondo l'opinione dominante, non è necessaria l'accettazione col beneficio dell'inventario per poter domandare la riduzione, inquantochè la legittima per se stessa è inattaccabile, è superiore alla volontà delle parti, il testatore non può toccarla; quindi anche se l'erede accetta puramente e semplicemente ha sempre diritto di far salva la porzione che gli spetta per legge. Molti autori però nel diritto intermedio ritennero che era necessario il beneficio dell'in-



inventario per far salva la legittima; altro sostengono il contrario tra cui il Dotsier perché la salvezza della legittima non è conseguenza dell'accettazione col beneficio dell'inventario; anche dopo la confusione si può vedere se la legittima sia lesa o pur no. Nel boliviano del codice in Francia si sostiene che la legittima è salva nonostante l'accettazione pura e semplice. Il codice napoletano stabilisce che senza l'inventario si apprende il diritto a dedurre la legittima. Il nostro codice, nella forma del codice sardo, ha invece seguito una via intermedia: se l'erede accetta in modo puro e semplice, ha diritto alla riduzione contro gli altri coeredi, ma invece se la lesione della legittima dipende da donazioni o legati fatti a terzi, ad estanei non ha diritto alla riduzione. Questo sistema è poco logico, o si dovrà seguire l'una o l'altra. La giustificazione però è di ordine pratico. Quando uno accetta puramente e semplicemente, i terzi non sanno quale è l'entità del patrimonio lasciato dal defunto, non si può contro di loro dire: il patrimonio del defunto non basta; e ciò per il fatto che è avvenuta la confusione. Invece i coeredi sanno quanto è l'attivo e il passivo lasciato dal defunto e sapendo che l'attivo ereditario non è sufficiente per pagare la legittima debbono subire la riduzione (1).

Passiamo ora all'accettazione col beneficio dell'inventario.

(1) Quello che assolutamente non si giustifica è il requisito dell'accettazione col beneficio dell'inventario. Il codice sardo nell'articolo 1026 (da cui fu tratto l'art. 972 del nostro codice) si contenta della compilazione dell'inventario, e non esige punto la dichiarazione beneficiaria, che è cosa ben diversa. Di vero l'erede può aver fatto regolarmente l'inventario nei tre mesi, senza vedere accettarsi ed essere più, può anche avere accettato con questo ed esserne in seguito decaduto per una delle cause dalla legge stabilite. In questi casi la consistenza della massa



Prima di parlare dell'accettazione col beneficio dell'inventario, bisogna premettere che è da distinguere l'accettazione col beneficio dell'inventario, dal diritto di domandare l'inventario. Queste sono cose diverse. Il diritto di domandare l'inventario può averlo anche chi non sia erede; può averlo l'erede anche se non voglia accettare col beneficio dell'inventario; anche coloro che hanno diritto alla remissione dei sigilli apposti alle cose ereditarie, possono domandare l'inventario. Quindi i creditori, i legatari ed altri interessati a sapere qual'è il contenuto dell'eredità: onde risulta evidente come il diritto di procedere all'inventario e la accettazione col beneficio dell'inventario siano cose differenti.

L'accettazione col beneficio dell'inventario è un beneficio speciale concesso dal diritto giustiniano all'erede appunto per ovviare agli inconvenienti che derivano dall'accettazione pura e semplice. Tale diritto non può essere tolto all'erede nemmeno dallo stesso testatore (art. 956). Così il nostro codice ha risolta la questione dibattuta fra gli interpreti del diritto romano, gli antichi giuriconsulti francesi e gli stessi commentatori del codice Napoleone, che manca di una speciale disposizione sul riguardo. L'accettazione col beneficio d'inventario è in generale facoltativa. È obbligatoria però in due casi: 1°) Quando l'eredità è stata accettata regolarmente: qual ragione vi è per negare all'erede il diritto di fare ritorno, e legati, e peggio ancora, le donazioni fatte agli estranei? Diciamo peggio ancora per le donazioni, perchè se i legati si possono equiparare ai debiti e ritenere anche per essi il limitatamente responsabile l'erede, che accetta in modo puro e semplice, è assurdo l'obbligo di rispettare le donazioni che ledono la quota di legittima.



do eredi siano persone incapace d' accettare o rinunciare da se stesse l' eredità, cioè i minori gl' interdetti, gl' inabilitati, i corpi morali (art<sup>o</sup> 330, 332) queste devono accettare sempre con beneficio d' inventario. 2<sup>o</sup>) Se tra più eredi v' è disaccordo intorno al modo d' accettazione, l' eredità deve da tutti essere accettata con beneficio d' inventario: e a tale scopo basta che la dichiarazione sia fatta da un solo (art<sup>o</sup> 358)

L' accettazione col beneficio dell' inventario risulta da due elementi, dimodochè mancando uno di essi non v' è accettazione. È necessaria anzitutto la dichiarazione di volontà d' accettare col beneficio dell' inventario; in secondo luogo è necessario l' inventario. La dichiarazione deve farsi in una forma speciale e solenne; nella stessa forma che la legge richiede per la rinuncia, cioè deve essere fatta innanzi al Cancelliere della Pretura del Mandamento dell' ultimo domicilio. Quest' accettazione dev' essere registrata in speciali registri e deve essere a cura del Cancelliere trascritta nei registri ipotecari. Più più ci vuole la inserzione di essa nel giornale degli annunci giudiziarii, ch' è il Bollettino della Prefettura. Queste formalità sono indicate nell' art<sup>o</sup> 955 C. C. Così mentre per l' accettazione pura e semplice anche espressa non è necessaria alcuna forma solenne, ma basta assumere la qualità d' erede in un atto scritto qualsiasi, anche quest' atto scritto abbia scopo diverso dall' accettazione, invece per l' accettazione col beneficio dell' inventario non si può dichiarare la volontà d' accettare in un atto qualsiasi, in una scrittura pubblica fatta



innanzi al notaio, anche con un atto ad hoc; ma bisogna fare un atto ad hoc innanzi al Cancelliere della Pretura del Mandamento in cui il defunto ebbe l'ultimo domicilio (1) e nelle forme solennissime indicate, mancando le quali manca la dichiarazione d'acceptare col beneficio dell'inventario. È da notare però che la trascrizione e l'inserzione della dichiarazione d'acceptare con beneficio d'inventario, non sono necessarie per l'efficacia dell'acceptatione nemmeno contro i terzi: dimodochè, anche se dette formalità siano trascurate, l'erede deve reputarsi con beneficio d'inventario anche dai terzi.

Non basta la dichiarazione d'acceptare col beneficio dell'inventario; ci vuole l'inventario. L'inventario dev'essere fatto anzitutto esattamente e lealmente, non si deve nulla omettere fraudolentemente, perchè l'omissione, come ho detto, di un cespite ereditario importa acceptatione pura e semplice e rende impossibile l'acceptatione col beneficio dell'inventario. L'inventario dev'essere fatto nelle forme prescritte dal codice di procedura civile. Non è necessaria che siano prima apposti i sigilli, l'apposizione dei sigilli è una cautela nell'interesse degli stessi eredi, perchè così gli oggetti ereditari non possono venire distrutti o celati. In qual tempo debbono esser compiute queste due formalità? La legge dice che la dichiarazione d'acceptare col beneficio d'in-

(1) Per la nuova legge del notariato del 16 febbrajo 1913 (art. 1) la dichiarazione di voler accettare col beneficio d'inventario può farsi anche innanzi ad un Notaio qualunque, ma non acquista efficacia se non dal giorno in cui viene inserito nel registro della Cancelleria giudiziaria. Per la rinuncia non si è creduto di mettere una simile agevolazione.



ventario può esser fatta prima o dopo della formazio-  
 ne dell'inventario. Mancando l'uno o l'altro di que-  
 sti fatti, non s'ha accettarione col beneficio dell'in-  
 ventario; il concorso di essi è necessario, ma la prece-  
 denza dell'uno sull'altro, no (articolo 937). Ma in qual  
 tempo devono farsi tanto l'una che l'altra formalità?  
 Su questo punto il codice è un poco oscuro e può  
 dar luogo a delle opinioni inesatte. Anzitutto l'accettarione  
 ed il beneficio dell'inventario, come qualunque altra ac-  
 cettarione, per principio generale, è un'accettarione che si  
 può compiere nei trent'anni dalla morte del de cuius.  
 Questo principio generale come soffre eccezione per l'accet-  
 tarione pura e semplice, così soffre eccezione per l'accet-  
 tarione col beneficio dell'inventario. Infatti l'accettarione  
 pura e semplice sebbene per regola generale possa farsi  
 in 30 anni, in certi casi deve farsi in un certo de-  
 terminato tempo. E ciò quando gl'interessati chiamano  
 in giudizio il chiamato all'eredità e fanno imporre  
 dal magistrato un termine entro il quale deve decide-  
 re se deve rinunciare od accettare; passato questo termi-  
 ne, il chiamato all'eredità si ha come rinunciante e  
 dopo questo termine non è possibile l'accettarione. L'al-  
 tro caso in cui non c'è lo spazio di 30 anni per  
 deliberare e si ha invece accettarione pura e semplice  
 forosa è quando l'erede sia nel possesso reale dei beni  
 ereditari e lascia correre inutilmente il tempo di tre  
 mesi dall'apertura dell'eredità o dalla notizia della de-  
 cisione. Ma questi stessi casi si debbono tenere presen-



ti per l' accettazione col beneficio dell' inventario per decidere in qual tempo debban farsi la dichiarazione, e l' inventario. Premessa questa regola veniamo alle applicazioni. Bisogna distinguere tre casi: 1°) il caso in cui l'erede chiamato all' eredità non abbia fatto alcun atto di erede, non sia nel possesso delle cose ereditarie e nessuno l'abbia chiamato in giudizio per costringerlo a decidersi. 2°) il caso in cui l'erede non ha fatto atto di erede, ne è nel possesso delle cose ereditarie, ma è stato costretto dal magistrato a deliberare e decidersi entro un certo tempo. 3°) il caso in cui l'erede si trova nel possesso dei beni ereditari. In ciascuno di questi tre casi bisogna distinguere due ipotesi diverse, cioè l'ipotesi che la dichiarazione sia fatta prima dell' inventario e l'ipotesi che l' inventario sia fatto prima della dichiarazione. Tenendo conto di questo schema, vediamo come la legge regola i vari casi. Primo caso. L'erede non s'è mai immischiato in affari ereditari, non è stato chiamato in giudizio, non è nel possesso dei beni ereditari. Quando può fare la dichiarazione? Sempre fino a 30 anni. Quando può fare l' inventario? Sempre, anche fino ai 30 anni. Ma egli ha fatto l' inventario, subito dopo la morte del de cuius; quando può fare la dichiarazione? C'è stabilito un intervallo di tempo tra l' inventario e la dichiarazione da farsi? Nessun intervallo di tempo. Dal momento che la legge dice che si può accettare fino ai 30 anni, anche se l' inventario è stato fatto subito dopo la morte del de cuius si



ha sempre tempo infra i 30 anni di fare la dichiarazione solenne innanzi al Cancelliere della Pretura, perchè si compia l'accettazione vera e propria col beneficio dell'inventario. La legge non regola questa ipotesi e non c'era bisogno di regolarla, perchè dal momento che l'inventario per se stesso non vale niente e ci vuole la dichiarazione solenne innanzi al Cancelliere della Pretura, per aversi l'accettazione, e d'altra parte per principio generale l'accettazione può farsi sempre fino a 30 anni, ne viene che anche fatto l'inventario subito dopo la morte del de cuius si può fare sempre la dichiarazione. Così pure, poniamo che l'erede abbia fatto la dichiarazione innanzi al Cancelliere della Pretura, subito appena ha saputo che l'eredità è stata devoluta, ma non ha fatto però l'inventario, siccome l'accettazione non è completa senza l'inventario, e d'altra parte l'accettazione può farsi finchè non siano passati i 30 anni; egli può far l'inventario fino a che non sia decorso questo termine. Del resto la legge dice ciò espressamente nell'ultimo capoverso dell'art° 962. Dunque senza dubbio quando l'erede non è nel possesso reale dei beni ereditari, la dichiarazione e l'inventario si possono fare in qualunque tempo, purchè non siano decorsi i 30 anni; nè esiste un intervallo legale di tempo tra la dichiarazione e l'inventario.

Veniamo ora all'altro caso, che cioè si sia stato qualche interessato che abbia chiamato in giudizio l'erede per costringerlo a decidersi se intende accettare o



no, se intende accettare puramente e semplicemente o col beneficio dell'inventario ed il magistrato abbia fissato un termine. In questo caso la questione si risolve agevolmente; passato il termine fissato dal magistrato, sia per fare l'inventario, sia per fare la dichiarazione segue che l'erede si ha come ripudiante (art. 951). Ora supponiamo che l'erede abbia fatto l'inventario nel termine fissato, ma abbia trascurato di fare la dichiarazione nel tempo fissato per questa; egli non può farla dopo intilmente e quindi si ha come rinunziante, nonostante il fatto inventario. Supponiamo ancora che abbia fatto subito la dichiarazione, ma abbia trascurato di fare l'inventario; non può farlo dopo il tempo prescritto dal magistrato, e quindi si ha ugualmente come rinunziante. I termini stabiliti sono: 3 mesi per fare l'inventario e 40 giorni, dopo fatto l'inventario per deliberare. Questi termini di 3 mesi e di 40 giorni per deliberare non scorrono se non dal giorno in cui il magistrato li avrà fissati (art. 951 e 962). Terzo caso: l'erede è nel possesso reale dei beni ereditari. Abbiamo visto che l'art. 952 parlando in termini generali dice che se l'erede che si trova nel possesso dei beni ereditari non si conforma alle disposizioni di legge intorno al beneficio dell'inventario è reputato erede puro e semplice. Supponiamo che l'erede si trovi nel possesso dei beni ereditari e voglia incominciare prima a fare l'inventario per vedere come deve decidersi. Quando deve fare l'inventario? Nei tre mesi dall'aperta successione o dalla mo-



tiria della devoluzione. Se lascia trascorrere questi tre mesi senza fare l'inventario non può fare nulla. Solo se entro questo termine abbia cominciato l'inventario, ma non l'abbia compiuto, può ottenere dal pretore una proroga non eccedente altri tre mesi, salvo che fosse necessario un termine maggiore per particolari gravi circostanze (art° 959). Supponiamo che abbia fatto l'inventario nei tre mesi; entro quel tempo dopo la formazione dell'inventario deve farsi la dichiarazione d'accettare? La legge dà il termine di 40 giorni (art° 961). Supponiamo l'ipotesi inversa, cioè che nei tre mesi dell'apertura della successione abbia fatto la dichiarazione d'accettazione, però non ha curato nemmeno di cominciare lo inventario. Egli perde il diritto d'accettare con beneficio d'inventario e si reputa erede puro e semplice. La legge parla di termini per fare l'inventario e per deliberare, negli articoli citati. Ora alcuni hanno ritenuto che questo termine fosse stabilito per qualsiasi caso. Ciò non è esatto; perché sebbene nell'art° 961 si adoperino termini generali, pure è chiaro dalla connessione di quest'art° con i precedenti 959 e 960, e col susseguente art° 962 che la legge prevede solo il caso che si abbia il possesso reale dei beni ereditari. Quindi tanto il termine di 3 mesi per fare l'inventario quanto quello di 40 giorni per deliberare non sono termini che riguardano tutte le possibili ipotesi: perché quando si tratta di erede il quale non è nel possesso dei beni ereditari, se è convenuto in giudizio dagli interessati i 3 mesi e i 40



giorni incominciano non già dal giorno dell'apertura dell'eredità o dalla notizia della devoluzione, ma da quello che il magistrato vorrà fissare; e se poi non vi è stata alcuna sentenza del magistrato sul riguardo, il termine tanto per fare l'inventario che per la dichiarazione è il termine normale di 30 anni dall'apertura dell'eredità.

Pero è da notare che la decorrenza dei termini herein indicati, cioè dei tre mesi per fare l'inventario e dei 40 giorni per deliberare, non nuoce ai minori, agl'interdetti e agl'inabilitati, per i quali l'accettazione con beneficio d'inventario è obbligatoria, e da essa non si decade finché non sia decorso un anno dal compimento della maggiore età, e dalla cessazione dell'interdizione e della inabilitazione. Solo scorso quest'anno inutilmente, cioè senza fare l'inventario e la dichiarazione, essi decadono dal beneficio d'inventario (art. 963).

Durante i termini per l'inventario e per deliberare il chiamato all'eredità, non potendo ancora considerarsi erede, è considerato come curatore di diritto dell'eredità, e come tale può essere chiamato in giudizio, e rappresentare gl'interessi dell'eredità; ove non comparisca, il magistrato nominerà un curatore d'ufficio. Ancora, nella qualità di curatore di diritto, il chiamato all'eredità può farsi autorizzare dal magistrato a vendere gli oggetti ereditari che non si possono conservare, o la cui conservazione



importa grave dispendio; senza che tale vendita equi-  
valga ad accettazione tacita dell' eredità. E, finalmente,  
se durante i detti termini egli rinuncia all' eredità,  
le spese da lui fatte legittimamente vanno a carico dell'  
eredità (art. 964, 965, 966).

Se prima che scorrano i termini stabiliti dalla legge,  
si compiano le formalità dell' inventario e della di-  
chiarazione, si diventa eredi con beneficio d' inventa-  
rio, ma non in modo irrevocabile. Non solo l' accet-  
tazione con beneficio d' inventario può essere priva  
di qualsiasi effetto, quando manchino gli estremi  
per avere un' accettazione giuridicamente esistente  
(cioè volontà, oggetto, forma), e può essere annullata  
per mancanza d' uno dei requisiti necessari per  
la piena validità; ma anche se abbia tutti i carat-  
teri per l' esistenza e la validità può perdere la sua  
efficacia speciale, cioè convertirsi in accettazione pura  
e semplice. In tali casi si tratta di decadenza non  
del diritto d' accettare con beneficio d' inventario, ma  
di decadenza dai vantaggi speciali derivanti da tale  
accettazione, cioè dalla qualità di erede beneficiario  
che già s'era acquistata.

Cause di decadenza sono: 1°) l' omissione cosciente  
e in mala fede, di descrivere nell' inventario qual-  
che oggetto appartenente all' eredità (art. 967). 2° la ven-  
dita d' immobili ereditari senza autorizzazione giudi-  
ziale, o senza le forme stabilite dal codice di proce-  
dura civile (art. 973); e la vendita anche di beni mo-



bili senza autorizzazione o le forme legali, solo però nel quinquennio dalla dichiarazione d' accettare con beneficio d' inventario; poichè, scorsi i cinque anni, la vendita dei beni mobili potendosi compiere senza formalità di sorta, non produce decadenza (art° 974).

3°) Ogni altro atto di disposizione che l' erede beneficiario non avrebbe potuto fare che in qualità d' erede puro e semplice. E ciò è giusto ammettere, sebbene la legge non parli che della vendita. Difatti la decadenza in caso di vendita non è tanto una pena, quanto effetto d' una interpretazione che la legge fa della volontà dell' erede, il quale compiendo un atto che come erede beneficiario non può fare, mostra intenzione d' agire come erede puro e semplice. Quindi vi sarà decadenza, se l' erede compia atti di donazione, costituzione di servitù, dazione in pagamento, rimessione di debiti. Ma può dirsi altrettanto delle transazioni e delle costituzioni d' ipoteca? V' è controversia relativamente a questi atti; è dubbio se essi siano atti validi, e quindi importano decadenza dal beneficio d' inventario; o se siano atti nulli, perchè fatti dall' erede beneficiario, e quindi perchè tali, non importano decadenza. Però rispetto alle transazioni la controversia è risolta nel diritto nostro. L' art° 881 cod. proc. civ. stabilisce che decorso un mese dalla trascrizione e dall' inserzione della dichiarazione d' accettare con beneficio d' inventario nel giornale degli annunci legali della Provincia l' erede beneficiario



può fare transazioni coll' autorizzazione del Pretore o del Tribunale (secondo la competenza per valore); ma ove l'autorizzazione manca, la transazione non ha alcun effetto. Ora, se è così, riesce evidente come la transazione non produca decadenza. Ma resta insoluita la controversia circa la costituzione d'ipoteca. Alcuni ritengono che anche quest'atto sia inefficace e non importi decadenza, per le seguenti ragioni: 1° se sono nulle le ipoteche giudiziali iscritte sui beni dell'erede beneficiario (art. 1971) per la stessa ragione dovranno ritenersi tali anche quelle consentite dall'erede; giacché la ragione dell'inefficacia delle ipoteche giudiziali è di mantenere tra i creditori ereditari quello stato d'uguaglianza che avevano al tempo della morte del loro debitore; uguaglianza che verrebbe alterata, se si riconoscesse la validità delle ipoteche consentite dall'erede: 2° inoltre, ritenendo valide tali ipoteche, e quindi facendo decadere l'erede dal beneficio d'inventario, nasce per i creditori una conseguenza contraria a quella che s'ha negli altri casi di decadenza: perché in questi la decadenza può portare un vantaggio ai creditori ereditari, in quanto avvenuta la confusione, si estenderà la garanzia dei loro crediti anche al patrimonio personale dell'erede, mentre la decadenza per la concessione d'ipoteca importerebbe loro un danno certo, poiché restando ferma l'ipoteca, si trovano in posizione inferiore ad altro creditore, mentre avevano diritto a vederla uguale. Ma l'opinione contraria a noi sem-



bra più giusta, o almeno più conforme ai principii di legge. L'erede, anche beneficiato, ~~è~~<sup>è</sup> erede, e quindi, come tale, può compiere atti di disposizione: se la legge gli pone dei limiti, ciò fa non in vista di un'incapacità speciale, ma solo per mettere un contrappeso ai vantaggi che ha dal beneficio d'inventario: onde se non osserva questi limiti, perde i vantaggi corrispondenti, ma l'atto rimane validamente compiuto, perchè c'era la piena capacità di compierlo. Ciò formando la regola una eccezione relativamente alla validità di costituzione d'ipoteca doveva essere posta dalla legge; ma mancando di disposizioni speciali, l'interprete non deve che applicare il principio. È diverso non si può argomentare dall'impossibilità di iscriverne ipoteche giudiziali sui beni dell'eredità beneficiata, all'inefficacia delle ipoteche convenzionali sugli stessi beni, essendo l'ipoteca giudiziale un effetto legale delle sentenze di condanna che la legge ha voluto negare relativamente ai beni dell'eredità beneficiata, mentre invece l'ipoteca convenzionale è un atto di disposizione che può compiere qualsiasi proprietario, ove la legge non lo proibisca espressamente, e quindi anche l'erede beneficiato, che è sempre e indubbiamente erede, e quindi proprietario dei beni ereditari. Tanto meno vale rilevare la conseguenza del danno che dalla decadenza in questo proviene ai creditori, non solo perchè non si può dal danno risultante negli effetti pratici da un atto argomentare la nullità dell'atto stesso; ma anche perchè un danno



può derivare ai creditori, anche quando s'avveri la decadenza, se il patrimonio ereditario è sufficiente a soddisfarli, e invece il patrimonio dell'erede sia talmente deperato che non basti a soddisfare i creditori personali di costui, i quali perciò avranno diritto a concorrere con i creditori ereditari, ove questi non abbiano avuto l'accongiunto di esercitare il diritto di separazione.

Finalmente, oltre che per decadenza, il beneficio d'inventario si può perdere per rinunzia, la quale può essere espressa o tacita.

Tanto però la decadenza quanto la rinunzia non hanno luogo per quelle persone le quali non possono che essere necessariamente, eredi beneficiati, cioè per i minori, gl'interdetti, gl'inabilitati e le persone giuridiche. Solo deve ritenersi che, compiendo tali persone uno di quegli atti che importano di per sé decadenza, tali atti siano nulli: altrimenti esse godrebbero i vantaggi dell'accettazione del beneficio d'inventario, e nel tempo stesso anche quelli dell'accettazione pura e semplice, e tutto ciò in danno esclusivo dei terzi; il che non è giusto, né conforme ai principj di legge che concede i vantaggi del beneficio d'inventario, con certe limitazioni, le quali servono a garantire i diritti dei terzi.

---



## Lezione XIV<sup>a</sup>

### Sommario

La rinunzia all'eredità. Concetto. Requisiti per l'esistenza - per la piena validità. Effetti della rinunzia rispetto al rinunziante - rispetto agli altri interessati. Irrevocabilità della rinunzia. Eccezione. Revoca della rinunzia in pregiudizio dei creditori.

Degli effetti dell'accettazione col beneficio d'inventario parleremo quando tratteremo degli effetti derivanti dall'acquisto dell'eredità. Ora ci occuperemo della rinunzia dell'eredità. Che cos'è la rinunzia? Come l'accettazione è un atto unilaterale, con cui si acquista definitivamente l'eredità, così la rinunzia all'eredità produce l'effetto contrario, essa è l'atto unilaterale con cui si rende impossibile che l'acquisto ereditario divenga definitivo. Invece alcuni autori reputando che colla morte del defunto l'acquisto dell'eredità avvenga ipso jure e in modo definitivo, concepiscono la rinunzia come una condizione risolutiva dell'acquisto ereditario già compiuto.

Abbiamo detto che la rinunzia è atto unilaterale, onde ciò che s'è detto a proposito dell'accettazione vale per la rinunzia; questa non può considerarsi come contratto, perchè basta la semplice dichiarazione della volontà del rinunziante senza bisogno che essa venga accettata dagli altri interessati. Quali ne sono i requisiti? I requisiti si dividono in requisiti necessari all'esistenza



stessa e in quelli necessari alla piena validità.

Requisiti necessari all'esistenza. Diritto scorre l'esistenza di una volontà e questa dev'essere seria e piena. La rinunzia perciò sarà inesistente per mancanza di volontà se è fatta da chi si trova in istato di assoluta incoscienza, per qualsiasi causa o non sia sano di mente.

La volontà dev'essere seria: se uno rinunziasse per scherzo, la rinunzia non avrebbe nessun valore. Inoltre ci vuole una volontà piena il che vuol dire, che come nell'accettazione dell'eredità, così nella rinunzia non ci debbano essere limitazioni, modalità, come la condizione o il termine, e non può farsi per parte. La rinunzia per parte non è permessa per la stessa ragione per cui non è permessa l'accettazione per parte. L'eredità è *universum ius*, quindi o si accetta intera o si ripudia intera. Solo in un caso la rinunzia per parte può avere una certa efficacia, quando cioè sia fatta a favore di uno dei coeredi o di chi altrimenti non avrebbe diritto all'eredità. Ma in questo caso avremo non già una vera e propria rinunzia, ma una disposizione parziale dell'eredità che perciò si considera come accettazione. Non basta che la volontà sia seria, piena, ma è necessario ancora che sia manifestata in modo formale e solenne. Mentre la accettazione può farsi espressamente e tacitamente, e la stessa accettazione espressa non importa speciale solennità, per cui basta la semplice assunzione della qualità di erede in un atto scritto, invece la rinunzia all'eredità deve



essere fatta con un atto rivestito di forme speciali; cioè dev' essere fatta innanzi al Cancelliere della Pretura del Mandamento in cui s'è aperta l'eredità, cioè nell'ultimo domicilio del defunto, e dal Cancelliere dev' essere registrata in apposito registro (art.º 944). Se questa formalità non si adempiono, la rinuncia non esiste. Non esiste, quindi, se l'erede, poniamo, invece di presentarsi al Cancelliere si presenta al notaio e da lui faccia redigere un atto ad hoc; come pure la rinuncia non ha valore se l'erede si presenta in Cancelleria, faccia la dichiarazione al Cancelliere, ma questi invece di redigerla in iscritto nel registro a ciò destinato la scriva in altro registro, oppure se l'erede faccia la rinuncia innanzi al Cancelliere il quale la iscriva nel registro speciale, ma il Cancelliere non sia quello indicato dalla legge, cioè il Cancelliere della Pretura nel cui mandamento si aprì la successione.

Il Codice poi esclude ogni dubbio che possa esservi rinuncia tacita da argomentarsi per via d'induzione da fatta concludentia, quando nell'art.º 944 dice: "la rinuncia non si presume". Così per il nostro Diritto accade il contrario che nel romano, in cui la rinuncia, come qualsiasi altro atto giuridico, potessa essere espressa e tacita; espressa se c'era la dichiarazione diretta a tale scopo; tacita, se si potessa argomentare da certi fatti, come se l'erede si fosse fatto pagare l'intero credito che aveva contro il defunto, dagli altri eredi, oppure se alcuno avesse rinunciato ad intervenire nella divisione ed avesse tollerato che gli eredi dividessero l'eredità senza suo intervento. Nel diritto



to consuetudinario francese invece non si annunzia la rinunzia tacita; onde per Boithier ed altri autori la rinunzia non fu ritenuta valida, se non fosse stata fatta in forma solenne o con atto dinanzi a notaio o in Cancelleria con dichiarazione in giudizio. Ed il sistema della rinunzia espressa e formale è più conforme al principio moderno della pubblicità che serve a garantire i diritti dei terzi. Ciò vale a spiegare, come mentre nell'interesse dei terzi (creditori e legatarii) non si abbia una rinunzia valida erga omnes se non compiuta con tutte le formalità prescritte dall'art° 944, invece nei rapporti dei coeredi e dei chiamati in secondo ordine può bastare la rinunzia fatta in forma contrattuale, cioè a norma dell'art° 938, che prevede il caso di rinunzia fatta gratuitamente a favore di tutti quei coeredi cui sarebbe devoluta la porzione del rinunziante in caso di sua mancanza, e dichiara non indurre tale atto accettazione di eredità. Solo così può spiegarsi la disposizione dell'art° 938, che manca nel Codice francese: altrimenti sarebbe in contraddizione con la regola generale dell'art° 944.

Il codice nostro perciò dicendo che la rinunzia non si presume, segue il diritto consuetudinario francese volendo significare che non ci può essere rinunzia tacita: qualunque fatto compia l'erede da cui indirettamente si possa argomentare la volontà di rinunziare, e che presupponga necessariamente tale volontà, è un fatto che non implica rinunzia. Però se non c'è la rinunzia tacita, c'è la rinunzia presunta dalla legge, giacché l'art° 944 esclude



la *praesumptiones hominis*, non quelle legali. Questo s'avvera in due casi. Inali sono? 1°) Già abbiamo visto il caso in cui alcuno lascia passare 30 anni senza accettare, né rinunciare: Chi lascia passare 30 anni dall'apertura della successione, perde la facoltà d'accettare, quindi si reputa rinunciante, ancorché non abbia fatto dichiarazione espressa. 2°) Altro caso è quello dell'art° 951. Chi è chiamato in giudizio perché sia costretto a decidersi in un certo tempo se intende accettare o rinunciare, e la sua scadenza il termine fissato dal magistrato senza dichiarare la sua volontà s'intende rinunciante. Vanno questi casi eccezionali in cui la legge stessa reputa alcuno rinunciante, la rinuncia dev'essere fatta in quella forma solenne di cui abbiamo parlato.

*Requisiti per la piena validità.* Oltre i requisiti per l'esistenza, occorrono come per tutti gli altri atti giuridici, i requisiti per la piena validità. Altrimenti si avrà una rinuncia esistente, ma annullabile. I requisiti per la piena validità sono i seguenti. A) Anzitutto è necessaria la capacità legale; non tutti possono rinunciare da sé; vi sono alcune persone che non possono rinunciare, e queste sono tutte quelle che non possono accettare senza il concorso della volontà di altre persone. Tali sono: 1°) I minori sotto la patria potestà: essi non possono da sé soli fare nulla; ma nemmeno il padre può da sé solo, rappresentandoli rinunciare all'eredità devoluta al figlio soggetto alla sua potestà: per potere far questo validamente, deve ricorrere all'autorizzazione del



Tribunale (art° 224 arg) Quando il padre rinuncia coll'auto-  
 rizzazione del Tribunale, la rinuncia è valida, altrimenti  
 è annullabile. 2°) I minori sottoposti a tutela: anch'essi  
 non possono fare nulla da sé, ma hanno bisogno del-  
 la rappresentanza del tutore. Il tutore però non tutti gli  
 atti può compiere da sé, ma per certi atti ha bisogno  
 dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia e in certi casi  
 occorre anche la omologazione del Tribunale. Ora la rinuncia  
 dell'eredità è uno di quegli atti che il tutore non può  
 compiere da sé, perché è un atto eccedente la semplice  
 amministrazione; anzi la legge espressamente all'art° 236 dice  
 che per accettare o per ripudiare l'eredità il tutore ha bi-  
 sogno dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia. 3°) I mi-  
 nori emancipati: questi non possono da soli rinunciare  
 all'eredità, perché la rinuncia non è atto di semplice am-  
 ministrazione, e quindi hanno bisogno dell'assistenza del  
 curatore e dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia. 4°) Gli interdetti. Essi hanno bisogno dell'assistenza del  
 tutore e dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia. 5°) Gli inabilitati. Occorre la semplice rappresentanza del  
 curatore perché non esiste mai la necessità dell'autori-  
 zazione del Consiglio di famiglia. 6°) La donna maritata.  
 La donna maritata può rinunciare all'eredità? Il  
 dubbio nasce da ciò, che la rinuncia all'eredità è un  
 atto di disposizione, sebbene non si possa dire atto d'a-  
 lienazione nel senso tecnico, rigoroso della parola; inquan-  
 toché prima della rinuncia, secondo il sistema da noi  
 seguito, non s'è acquistata la proprietà definitiva dei be-



ni ereditarij, ma solo un diritto sotto condizione. Quindi la rinuncia non equivale addirittura ad alienazione in senso stretto; però è senza dubbio un atto che importa disposizione, perdita di un diritto e quindi eccede la semplice amministrazione. Ora se l'atto di rinuncia all'eredità importa alienazione in senso largo, sarà permesso alla donna maritata o pur no, specie se l'eredità sia composta di cose immobili? Anche se l'eredità abbia per contenuto dei beni immobili, la donna maritata non ha bisogno dell'autorizzazione del marito. Perché? Perché innanzitutto la rinuncia all'eredità non è la vera e propria alienazione nel senso di cui parla l'art° 134, che presuppone un diritto già acquisito definitivamente il quale si trasmette ad altra persona. In secondo luogo la rinuncia all'eredità non significa rinuncia a questo o quell'altro bene ereditario; l'eredità è un nomen juris che prescinde dal contenuto materiale, beni mobili o immobili.

Non avendo la legge parlato espressamente della rinuncia dell'eredità e non potendosi essa comprendere sotto la categoria di alienazione di beni immobili di cui parla l'art° 134, si deve dire che la donna maritata può benissimo da sé, senz'autorizzazione del marito, rinunciare all'eredità.

7°) Le persone giuridiche. Abbiamo detto le persone giuridiche sono incapaci di accettare l'eredità senza l'autorizzazione governativa. Che dobbiamo dire rispetto alla rinuncia? La legge del 1850 s'occupava soltanto



dell'acquisto delle persone giuridiche, non già dell'alienazione. Neppure se ne occupa la legge del 1896: quindi non può darsi una regola generale. Però anche le persone giuridiche per rinunciare all'eredità hanno bisogno di speciale autorizzazione, la quale dovrà essere data dalle varie autorità superiori a cui spetta la tutela o vigilanza, secondo i vari casi. Così, se una persona giuridica ecclesiastica, la quale non può compiere alcun atto di disposizione eccedente la semplice amministrazione, senza autorizzazione governativa, vuole rinunciare all'eredità, (siccome la rinuncia non può essere considerata atto di amministrazione, ma è semplice atto di disposizione), avrà bisogno dell'autorizzazione governativa; invece i Comuni, le Provincie, le Opere Pie, non avranno bisogno dell'autorizzazione governativa, ma semplicemente dell'autorizzazione della Giunta Prov. Amministrativa, o della Commissione Prov. di beneficenza. (Cf. legge 17 luglio 1890 art. 36 lett. c.) Gli altri enti avranno bisogno dell'autorizzazione delle autorità tutorie indicate dalle leggi speciali. Mentre per l'accettazione c'è un principio generale unico; per la rinuncia non v'è altra regola generale se non che l'autorizzazione è necessaria, ma sulla questione chi debba dare l'autorizzazione la decisione varia secondo le varie specie di persone giuridiche.

B) Non basta che vi sia la capacità della persona, perché la rinuncia sia pienamente valida, è necessario che la volontà sia esente da vizi. Le regole gene-



rali che s'applicano a tutti gli atti giuridici si ap-  
 plicano alla rinunzia; quindi se la rinunzia è assen-  
 ta per violenza, essa è annullabile. Così ancora se è as-  
 sentita per dolo, cioè per inganno, per raggiiri adoperati  
 da altre persone verso il rinunziante, al quale per es.  
 s'è fatto credere che l'accettazione dell'eredità, sarebbe sta-  
 to un pessimo affare, per i molti debiti, ecc; in questo ca-  
 so la rinunzia è annullabile e poco importa se il do-  
 lo sia derivato da persone direttamente interessate alla ri-  
 nunzia oppure no. Invi non siamo in presenza di un con-  
 tratto, abbiamo un atto unilaterale che è sempre impu-  
 guabile, da chiunque il dolo sia derivato; perciò non è  
 applicabile l'art° 1115 Codice Civile. Che dire per l'errore? L'erro-  
 re è causa dell'annullabilità della rinunzia o per  
 no? Per l'accettazione abbiamo detto, che l'errore non  
 è mai causa di annullabilità. L'accettazione non si  
 può impugnare che per violenza o per dolo; si esclude  
 l'errore. Invece niente è detto a proposito della rinun-  
 zia; quindi crede che bisogna conciliare i principii  
 generali colla speciale indole della rinunzia. Se l'erro-  
 re cade sulla sostanza della cosa, cioè sulla entità  
 del patrimonio ereditario, la rinunzia non è impu-  
 guabile. Si ha errore sulla sostanza, quando per es. u-  
 na persona ha rinunziato perché credeva che il pas-  
 sivo superasse l'attivo, mentre in realtà non era co-  
 sì; quindi in fondo l'errore si riduce a una lesio-  
 ne. Ora per principio generale del nostro codice, quan-  
 do un atto giuridico produce lesione a chi l'ha com-



pinto, esso non è impugnabile. Su due casi la legge ammette l'impugnativa per lesione, nel caso di vendita d'immobili, in favore del venditore, e nel caso di divisione; fuori di questi due casi la lesione non costituisce vizio dell'atto. Sicchè, se l'errore sulla sostanza del patrimonio ereditario è stato la causa della rinunzia, evidentemente quest'errore risolvendosi in lesione non produce annullabilità. Se, invece, la rinunzia è causata da errore nei motivi come se uno abbia rinunziato solo perchè credeva che ci fossero parenti bisognosi del testatore, mentre non ve ne sono, o che i beni lasciategli avessero una provenienza disonorevole, il che non è, in questi casi si può benissimo ammettere l'impugnativa perchè la legge non pone alcun ostacolo.

Effetti della rinunzia. Gli effetti della rinunzia si debbono studiare rispetto allo stesso rinunziante e rispetto agli altri interessati. Rispetto allo stesso rinunziante la legge dice che la rinunzia fa considerare il rinunziante come se non fosse stato mai chiamato all'eredità (art.º 945). La rinunzia ha effetto retroattivo, viene a distruggere la stessa vocazione ereditaria, onde il rinunziante si considera come uno affatto estraneo, che mai abbia avuto diritto ad accettare l'eredità; quindi esso conserva tutti i diritti che aveva contro l'eredità, e tutti gli obblighi che aveva verso di essa. Da questo principio scaturiscono tutte le conseguenze che passeremo ad esaminare. Prima conseguenza. Dal momento che chi ha rinunziato, si considera come se mai avesse ac-



settato l' eredità, ne deriva che il chiamato all' eredità non si può riservare niente a titolo di legittima, perchè la legittima è parte dell' eredità. Se uno istituito erede rinunzia, non può dire: intendo rinunziare alla disponibile ed accettare la legittima; il rinunziante si ha come non erede, quindi nemmeno come legittimario (art. 1003). Ma se non può pretendere nulla a titolo di eredità, il rinunziante può pretendere i legati a lui fatti; appunto perchè il legato è cosa diversa dall' eredità (art. 945). Altra conseguenza è che se il chiamato all' eredità era uno di quelli che aveva l' obbligo di mettere in collazione le donazioni fatte dal defunto, quest' obbligo cessa per effetto della rinunzia, perchè l' obbligo della collazione spetta all' erede discendente del defunto di fronte ai coeredi anche discendenti. Invece il rinunziante ha perduta la qualità d' erede e quindi può ritenere i doni fatti dal defunto. Se però può ritenersi senza l' obbligo della collazione, non può ritenersi nella loro totalità se eccedessero la parte di cui il donante poteva disporre; sicchè, come qualsiasi estraneo, sarà soggetto all' azione di riduzione soltanto. Ciò vale anche per i legati (art. 1003). Questi sono gli effetti rispetto al rinunziante.

Effetti rispetto agli altri interessati. Questi effetti sono anche un corollario del principio che il rinunziante si ha come se non fosse stato mai chiamato all' eredità. Che cosa accade quando uno rinunzia? La quota a lui spettante a beneficio di chi va? Bisogna distinguere le due specie di successione: legittima e testamentaria. Se la successione è le-



l'ultima ed uno degli eredi rinunzia, la legge stessa dice a  
 chi va la quota del rinunziante: essa si accresce ai coe=  
 ai, se più siano chiamati nello stesso ordine; se invece  
 non si siano coeredi, la quota del rinunziante si devolve  
 al grado susseguente (art.º 946). Bisogna spiegare bene queste  
 parole perchè per se stesse potrebbero indurre in equivoco. La  
 legge fa due ipotesi: 1º) che il rinunziante sia uno di  
 quelli che doveva concorrere all'eredità insieme con altre  
 persone, come nel caso che un padre lasci più figli ed  
 uno di questi rinunzi. In questo caso la quota del rinun=  
 ziante a chi va? Degli altri che concorrevano con lui.  
 2º) Il secondo caso è che il rinunziante sia solo nel  
 suo grado; un padre, morendo, lascia un figlio solo; questo  
 rinunzia: a chi va la quota di questo figlio? Bisogna vede=  
 re quali siano i rimanenti successibili. Se vi sono figli del  
 figlio va a costoro, essi però succedono per ragione pro=  
 pria e non per rappresentazione; se vi sono fratelli  
 va ai fratelli; se parenti in decimo grado va a costoro  
 e finalmente va allo Stato. Ma la parola coerede  
 che si trova nell'art.º 946 non è in tutto esatta; è esat=  
 ta nel caso semplice che ho fatto dianzi, di un pa=  
 dre che morendo lascia più figli: se uno di essi ri=  
 nunzia, gli altri si approfittano della quota del rinun=  
 ziante. Ma supponiamo un altro caso; che il padre  
 morendo lasci un figlio sopravvissuto, mentre un altro  
 gli è premorto. In luogo del premorto succedono per rap=  
 presentazione i figli di lui che poniamo sono tre, i qua=  
 li presi insieme prendono l'unica quota che sarebbe spett



tata al loro genitore, se fosse sopravvissuto. Supponiamo ora che rinunzi uno di questi tre nipoti del defunto, cioè uno dei rappresentanti il premorto. La quota a costui spettante a chi s'accrescerà? Se volessimo applicare meccanicamente la legge, siffatta quota dovrebbe accrescersi non solo agli altri due figli del premorto, ma anche al figlio superstite del de cuius, perchè tutti sono coeredi. Invece lo spirito della legge non è questo; la legge intende dire che la quota del rinunziante giova a coloro i quali dall'acettazione del rinunziante avrebbero sofferto una diminuzione del loro diritto. Ora in questo caso chi avrebbe sofferto una diminuzione, se il rinunziante avesse accettato? Dovrebbero sofferto una diminuzione solo i figli del premorto, perchè questi tre insieme riuniti dovevano avere una sola quota: onde solo a questi gioverà la rinunzia, all'altro erede no. Che questo concetto sia logico e giusto si rileva anche dall'art. 43, quando si parla dell'eredità devoluta all'assente, e in cui con locuzione più appropriata si dice: «la successione sarà devoluta a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto diritto di concorrere». Sicchè se una persona morendo lascia degli ascendenti nella linea paterna e nella materna, in modo tale che tutta l'eredità si desse dividere in due parti uguali, di cui una spetta agli ascendenti della linea paterna e l'altra agli ascendenti della linea materna, senza tener conto del numero delle persone, comprese in ciascuna linea; ora (supponga) abbia rinunziato all'eredità l'avo paterno, la porzione di costui s'accrescerà soltanto all'ava paterna, per



che costei avrebbe sofferto una diminuzione della sua quota se il rinunciante avesse accettato, e non già anche agli altri materni. La parola coerede ha dunque un significato che bisogna restringere: concetto del legislatore è che la rinuncia giova a coloro che avrebbero sofferto una diminuzione della loro quota, se il rinunciante avesse accettato.

Quando il rinunciante è il solo successibile nel suo grado, succedano quelli chiamati in sua vece nel grado seguente. Anche queste parole danno luogo a dubbi. Che vuol dire susseguente? Vuol dire grado di parentela o grado di successione? Vuol dire grado di successione evidentemente. Una persona, morendo, lascia un figlio, un fratello, ed un pronipote ex filio. Il figlio che è il primo chiamato rinuncia, a chi va l'eredità? Va al fratello del defunto o al pronipote? Il fratello del defunto è parente a lui in secondo grado, il pronipote è parente in terzo grado, onde, se dovessimo prendere la frase della legge «grado susseguente» nel senso di grado di parentela, l'eredità si dovrebbe devolvere al fratello. Ora questo sarebbe contro i principii della legge stessa, la quale dice che in primo luogo succedono i figli ed i discendenti fino all'infinito, e poi i fratelli; sebbene il fratello sia in grado di parentela più vicino al pronipote, non di meno nell'ordine di successione occupa un grado più remoto. Perciò nel caso configurato la rinuncia del figlio giova al pronipote, non al fratello del defunto. Non bisogna quindi intendere la parola grado nel senso di grado di pa-



rentela, ma nel senso d'ordine di successione; onde avrebbe fatto meglio la legge a dire anziché « la successione si devolve al grado susseguente » la successione si devolve a quelle persone che sono chiamate immediatamente dopo dalla legge, o a quelle cui spetterebbe in sua mancanza, come è detto nell'art. 43 a proposito dell'assenza.

Ora veniamo alla successione testamentaria. L'erede istituito per testamento, ha rinunciato; a chi va la quota di esso? La legge distingue due casi; che vi siano più coeredi chiamati insieme col rinunciante col diritto d'accrescimento, e che non vi sia luogo a diritto dell'accrescimento. Se l'erede rinunciante è chiamato all'eredità insieme con altri, mediante la conjunctio et verbis, la sua quota si devolve agli altri coeredi così congiuntamente chiamati. Quale sarebbe il caso della conjunctio re et verbis? Felano ha fatto un testamento col quale istituisce erede Tizio, Caio, Sempronio, in parti uguali. In questo caso per la legge nostra si ha la conjunctio re et verbis, perché questo modo d'esprimersi fa presupporre che il testatore in mancanza di uno di questi eredi avrebbe chiamato in tutto l'asse gli altri due. Se invece non c'è questa conjunctio, come se il testatore abbia detto, in una proposizione, chiamo erede Tizio e poi in altra separata, chiamo erede Caio, e poi chiamo anche Sempronio; oppure anche in unica proposizione abbia detto: siano eredi Tizio, Caio, Sempronio, ciascuno dei quali deve avere un terzo della mia eredità, in questo caso, o non essendovi conjunctio verbale, o anche essendovi quella ver-



bale ma mancando la reale, giacchè si è designazione della parte, non c'è diritto d'accrescimento: i tre eredi non sono chiamati alla totalità, ma ciascuno ha una parte distinta, separata, espressamente indicata dal testatore. E quindi segue che la quota del rinunziante non va agli eredi testamentari, ma si apre rispetto ad essa la successione legittima; onde se vi sono parenti legittimi, anche di ultimo grado succederanno questi, se no, succederà addirittura lo Stato. (art. 948, 880 e 883).

Christo con quale sia la sorte della quota che sarebbe spettata al rinunziante, per completare l'argomento, dobbiamo ricordare che quando alcuno rinunzia non è possibile la rappresentazione in favore dei suoi discendenti. Questo è detto espressamente dalla legge nell'art. 947; ma è un principio, meramente, che non è giustificato.

Dal momento che la legge ammette la rappresentazione in favore dei discendenti dell'indegno e dell'assente, poteva ammetterla anche nel caso del rinunziante. Questo principio ha solo una spiegazione storica. L'antico diritto Francese non ammetteva mai la rappresentazione della persona vivente, essa era limitata al solo caso di premorienza; e fu soltanto nel codice Francese che si ammise la possibilità di rappresentare l'assente e nel nostro anche l'indegno. Rimane perciò come assurdo dell'antico diritto l'impossibilità di rappresentare il rinunziante perchè persona vivente. Però, se ove alcuno rinunziò all'eredità, i figli di lui non possono pretendere la sua quota per diritto di rappresentazione; quando invece essi



siano i successibili di grado più prossimo potranno benissimo pretendere quella stessa quota, non già jure representationis, ma jure proprio. Il che importa delle conseguenze pratiche diverse, perché avendo un diritto di rappresentazione essi potrebbero concorrere anche con gli altri parenti di grado più prossimo; invece potendo succedere solo per diritto proprio, avranno la quota del rinunciante solo quando non vi sia alcun altro più prossimo, chiamato all'eredità.

La rinuncia è irrevocabile; ma la irrevocabilità della rinuncia, che nel Diritto romano era assoluta, nel Diritto italiano come nel francese ammette una limitazione. Questa limitazione che si trova nel Diritto francese ed italiano ha una storia; si fonda su una falsa interpretazione di alcuni testi romani dovuta a due giuriconsulti francesi Domat e Lebrun i quali, confondendo la rinuncia col *beneficium abstinendi*, credettero che nel Diritto romano si ammettesse la revocabilità della rinuncia, mentre il vero è che il *jus abstinendi* era soltanto un rimedio concesso dall'editto pretorio agli eredi sui et necessarij perché non incorressero nell'obbligo di pagare i debiti *ultra vires*, ma non importava rinuncia all'eredità, onde era revocabile. Il Pothier combatté una tale opinione, dimostrando come non si potessero applicare le regole di un istituto speciale, che presupponeva l'esistenza di eredi necessarij, nel Diritto francese in cui tutti gli eredi erano soltanto lontani, e ritennero perciò l'irrevocabilità assoluta della



rinuncia. Ma il codice francese preferì in questo punto seguire piuttosto l'opinione cronica di Domat e Lebrun, che quella di Pothier. Ciò premesso, vediamo quando si può ritornare sulla rinuncia fatta. Quando s'avverano due condizioni, cioè quando dopo la rinuncia fatta da una persona nessun altro abbia accettato, e non sia passato il termine prescritto dalla legge per accettare. (Art° 950 C.C.). Come si vede questa è un'anomalia che stride coi principii generali in materia di successione. Se il rinunciante si ha come non mai chiamato all'eredità, ne viene che per l'efficacia retroattiva della rinuncia, fin dal tempo dell'apertura dell'eredità i coeredi, o gli eredi in grado successivo, si reputano investiti di pieno diritto del possesso delle cose ereditarie; in modo tale che ammettendo la revoca della rinuncia, viene ad essere tolto loro un diritto già acquistato. Quest'anomalia giuridica si può giustificare solo nell'interesse dei terzi. La legge ha interesse che l'eredità sia accettata, perchè i terzi sappiano a chi debbano rivolgersi per avere il pagamento dei crediti, e quindi facendo eccezione ai principii generali ammette che avvenga l'accettazione anche dopo la rinuncia, affinchè l'eredità stia in sospeso il minor tempo possibile. Questa è l'unica giustificazione ammissibile. Oltre la revoca che può farsi in questo caso eccezionale, c'è un'altra revoca che la legge permette solo nell'interesse dei creditori. I creditori del rinunciante possono impugnare la rinuncia come fatta in pregiudizio dei loro diritti, quindi, di



ce la legge, possono ottenere dal magistrato il permesso di accettare l'eredità invece del loro debitore. (art. 949 C.C.) Quest'art. presenta molte dubbiezze, che bisognerà risolvere brevemente. Ognitutto si domanda: si tratta di azione surrogativa che si esercita in rappresentanza dei diritti del debitore, o si tratta di azione Pauliana che si esercita in nome proprio? Alcuni hanno detto che si tratta di azione surrogativa, ma ciò non è esatto, perché l'azione di surrogazione si ha quando il debitore trascura di esercitare un diritto, che viene esercitato poi dai creditori. Qui invece abbiamo un debitore che non ha più il diritto, in quanto è rinunciante. Ora se i creditori possono accettare in sua vece, significa che esercitano un diritto proprio. Ma quando i creditori chirografari possono esercitare un diritto proprio in contrapposto all'atto compiuto dal loro debitore? Essi in generale agiscono nella rappresentanza del debitore, e non hanno maggior diritto del debitore: in un solo caso hanno un diritto proprio contro il debitore, ed è quando l'atto del debitore fu compiuto in frode. Quindi in base a questo ragionamento, è chiara la conseguenza che l'impugnativa della rinunzia della legge concessa ai creditori del rinunciante non possa essere considerata come esercizio dell'azione di surrogazione, ma sì dell'azione Pauliana. Trattandosi di azione Pauliana i creditori dovranno provare la frode nel loro debitore; non basta che provino il danno che hanno ricevuto dal



la rinunzia. La legge all'art. 549 però non parla di frode, ma dice così: «i creditori di colui che rinunzia ad un' eredità in pregiudizio dei loro diritti ecc»; ora su questa parola «in pregiudizio» si sono fermati gli interpreti per sostenere una contraria opinione. Alcuni hanno detto che non si richiede la prova della frode, basta provare il danno. Ciò si rileverebbe dai lavori preparatorii del codice francese. Infatti nel progetto relativo a questo articolo, c'era la parola frode, ma questa si tolse e si pose invece la parola pregiudizio, la quale venne riprodotta nel codice italiano. Quindi, dicono costoro, la legge si contenta del semplice pregiudizio. Noi crediamo invece doversi ritenere che i creditori debbono provare la frode. Anzitutto perché ammettendo il contrario, non si saprebbe comprendere qual'è la natura di quest'azione; poi perché se non si deve provare la frode, non è Pauliana; e se non è Pauliana, né azione di rappresentanza che sarà mai? Se poi è Pauliana, è evidente che bisogna provare la frode, sebbene la legge non lo dica espressamente. Del resto, anche studiando storicamente la questione, è forza concludere che l'azione d'impugnativa della rinunzia da parte dei creditori si deve considerare come un vero e proprio caso di applicazione dell'azione Pauliana e quindi è necessario provare la frode. Difatti il Pothier la considera come tale: e se il legislatore francese non usò la parola frode, ma a



questa sostituì la parola pregiudizio, da ciò non si può dedurre senz'altro che egli intese dispensare i creditori del rinunziante dalla prova della frode. Difatti si furono diverse ragioni. Una di queste si fu che il legislatore francese quando scrisse tale articolo non aveva trattato ancora dell'azione Pauliana. Perciò quando si discusse dell'articolo relativo alla revoca della rinunzia volle lasciare impregiudicata la questione se occorresse o no la prova della frode per l'esercizio della Pauliana in generale. Inoltre tra il codice francese ed il nostro c'è una differenza. Nel codice francese (art. 1167) quando si parla dell'azione Pauliana per la quale si richiede la frode si dice: «salvo le disposizioni speciali contenute nel titolo del contratto di matrimonio e nel titolo della successione» in modo tale che la regola relativa alla rinunzia dell'erede si può considerare come un'eccezione ai principii generali, mentre questo non è detto nel codice nostro. Perciò tenuto conto della differenza nelle locuzioni e della storia della disposizione, crediamo che la frode debba provarsi. Tanto più crediamo questo, in quanto la frase usata dalla legge «in pregiudizio» non ostacola la nostra opinione. La legge non dice: i creditori possono impugnare la rinunzia che produca loro pregiudizio (perchè se dicesse così, avremmo torto rispetto alla lettera della legge), ma adopera la frase: rinunzia compiuta in pregiudizio e non l'altra «con pregiudizio». Occorre perciò la intenzione di pregiudicare; perchè non si può dire che un atto è compiuto in pregiudizio altrui, se chi lo com-



pie non ha l'intenzione di recare danno cioè l'inten-  
zione fraudolenta. Or ora, ritenuto che occorre l'elemento del-  
la frode, rimane la questione se basti provare l'inten-  
zione fraudolenta nel rinunziante, oppure occorra anche pro-  
vare la coscienza fraudis in coloro che della rinunzia  
si sono giovati. Di noi sembra che basti provare la frode  
nel rinunziante; dovché coloro che si approfittano della  
rinunzia, ricevendo un vantaggio che non avrebbero a-  
vuto se la rinunzia non fosse stata fatta, e ciò sen-  
za loro sacrificio economico, la rinunzia si deve annu-  
merare tra gli atti gratuiti, e quindi va ad essa appli-  
cata la regola generale concernente la Pauliana rispetto  
agli atti gratuiti.

Quali sono gli effetti della revoca? La legge dice: «i credi-  
tori possono farsi autorizzare dal magistrato ad accettare  
l'eredità in luogo ed in nome del debitore». Che si-  
gnifica questo? Significa che non ostante la revoca della  
rinunzia il rinunziante non diviene mai erede; l'im-  
pugnativa della rinunzia è cosa che giova ai creditori  
che l'hanno impugnata. Essi debbono soddisfarsi su  
quella parte dell'attivo ereditario che sarebbe rimasta  
dopo pagati i debiti e gli altri pesi ereditari, se l'erede  
rinunziante avesse accettato. Dimodoché, quando i cre-  
ditori si sono soddisfatti su tale parte dell'attivo eredita-  
rio, se qualche cosa resta, questa non andrà a vantaggio  
del rinunziante o dei suoi eredi, in quanto chi ha rinun-  
ziato ha perduto per sempre la qualità d'erede; ma andrà  
degli altri eredi cui spetta per accrescimento



o devoluzione la quota del rinunziante. Perciò ancora con questa impugnativa i creditori del rinunziante non diventano credi essi stessi; l'azione di revoca si esercita per lo scopo soltanto di reintegrare il patrimonio del debitore, come sarebbe stato se la rinunzia non fosse avvenuta. Quindi se i coeredi del rinunziante vogliono impedire la revoca, lo possono benissimo offrendo ai creditori una somma di danaro corrispondente alla parte di attivo ereditario che avrebbe guadagnato il rinunziante, se avesse accettato, e fino alla concorrenza dell'ammontare dei debiti. I creditori allora non possono pretendere di impugnare la rinunzia, perchè mancherebbe l'interesse ad agire.

---



## Lezioni XV<sup>a</sup>

### Sommario

L'eredità giacente. Differenza tra il Diritto romano e il nostro. I casi di eredità giacente previsti espressamente dal codice. Gli altri casi che possono aggiungersi. L'indole giuridica dell'eredità giacente.

Dopo aver parlato dell'accettazione e della rinunzia, è opportuno trattare dell'eredità giacente. Il Diritto romano, siccome l'eredità non passava ipso jure dal defunto all'erede, dovette provvedere agli interessi ereditari nell'intervallo di tempo che correva dall'apertura dell'eredità all'accettazione. In questo frattempo il chiamato all'eredità non era erede, non poteva agire nell'interesse dell'eredità, non aveva alcun diritto sui beni ereditari, perciò, affinché non mancasse la continuità dei rapporti patrimoniali dal defunto all'erede il Diritto romano ricorse all'espedito di considerare l'eredità come giacente, per provvedere ai beni ereditari in questo stato di giacenza, come se vi fosse veramente un soggetto, mentre a rigore un soggetto non vi era, perché il defunto non esisteva e l'erede non aveva ancora acquistato il diritto.

I giureconsulti antichi in base ai principii di Diritto romano distinsero l'eredità giacente dall'eredità vacante; la prima sarebbe quella la quale attualmente non ha titolare, ma spera di averlo (*haeredem non habet*,



sed habere sperat) secondo la frase del Fabio) in quanto esiste colui che coll' accettazione potrà diventare erede; invece quando manca la possibilità dell' accettazione o perchè gli eredi tutti hanno rinunciato, o perchè il defunto non ha lasciato eredi legittimi, o testamentari allora si dice vacante perchè haeredem non habet, nec habere sperat, ed è chiamato il fisco ad impadronirsi dei beni. Però la definizione che dell' eredità giacente e della eredità vacante davano gli antichi giuriconsulti, non può essere accettata nel Diritto nostro nonostante che i civili di italiani si ostinino a ripeterla, perchè il concetto di eredità giacente nel Diritto nostro è diverso da quello del Diritto romano, essendo diversi i principii regolatori dell' acquisto del diritto ereditario. Noi già abbiamo visto la grande differenza che esiste tra le due legislazioni. Infatti nel diritto nostro l' eredità si trasmette ipso jure dal defunto all' erede, senza bisogno di materiale apprensione dei beni e anche prima dell' accettazione, la quale non è che una condizione per rendere definitivo l' acquisto. Quindi il caso tipico per cui nel Diritto romano, si rese necessario l' istituto dell' eredità giacente, non esiste più nel diritto nostro; l' erede anche prima dell' accettazione c'è sempre, e anche in mancanza di eredi testamentari o del sangue c'è sempre lo Stato. L' eredità giacente nel diritto nostro ha così assunto una natura ben diversa, sebbene lo scopo pratico si possa dire uguale, in quanto lo scopo dello istituto è di provvedere all' amministrazione, e alla con-



servazione dei beni ereditari, nel tempo in cui l'erede non può provvedervi. Ma i casi sono diversi, il caso tipico dell'eredità giacente che esisteva nel Diritto romano, non esiste più nel diritto nostro, onde l'eredità giacente si ha solo in tutti altri casi specificati dal codice; cioè il caso che l'erede sia ignoto, ed il caso in cui gli eredi abbiano rinunciato (art° 980 C.C.). Il caso invece del Diritto romano, che cioè l'eredità non fosse stata ancora accettata, è disciplinato ben diversamente dalla legge nostra se nell'intervallo tra l'apertura dell'eredità e l'accettazione i beni ereditari la legge li affidasse all'amministrazione di un curatore permanente, si potrebbe dire che manca il nome, ma c'è la sostanza dell'*hereditas jacens*. Invece la legge nulla dispone pel caso che l'erede non sia nel possesso reale, e nessuno abbia promosso contro di lui istanza. Solo nel caso che l'erede si trovi nel possesso reale, o essendovi promosso istanza il giudice abbia fissato un termine per deliberare e per fare l'inventory, l'art° 964 stabilisce che l'erede viene considerato curatore di diritto e può rappresentare in giudizio l'eredità sia attivamente che passivamente. Se non vuol saperne il magistrato nominerà un curatore speciale pel determinato giudizio. Dunque non c'è un'amministrazione speciale per se stante, in modo che possa considerarsi l'eredità come giacente. (Art° 964 C.C.) Come risulta dalla Relazione Eisanelli il disposto dell'art° 964 fu introdotto dal nostro Codice per ovviare all'inconveniente che si verificava nei codici precedenti della sospen-



sione delle istanze dei creditori sino a quando l'erede non avesse deliberato. E se, proprio in quel caso in cui il Diritto romano, ravvisava la necessità di stabilire una amministrazione apposita, il nostro codice ne fa a meno, dobbiamo riconoscere come il concetto moderno differisce dal romano. Nel nostro codice abbiamo anzi due casi tipici d'eredità giacente, cioè il caso che l'erede non sia noto, o il caso che gli eredi abbiano rinunciato. Ma anche quando sia ignoto l'erede vero, o gli eredi noti abbiano rinunciato, c'è sempre un soggetto di quest'eredità realmente esistente, e soltanto c'è incertezza subiettiva intorno ad esso. Il soggetto esiste, in quanto i beni ereditari appartengono all'erede incognito; come pure se l'eredità è stata ripudiata dagli eredi noti anche qui il soggetto dell'eredità, non manca, perchè questo sarà per lo meno lo Stato, il quale ha diritto di acquistare i beni in mancanza di altri e ha la qualità d'erede. Dunque non c'è mancanza di soggetto dei beni ereditari, mentre nel caso dell'eredità giacente nel Diritto romano mancava proprio il soggetto, che non era il defunto, né l'erede bene noto, perchè non aveva accettato. Ecco la differenza concettuale tra l'istituto dell'eredità giacente nel Diritto romano e nel Diritto nostro. Perciò appunto in vista di questa differenza, nel codice Napoleónico, nel caso che l'erede non sia noto, ed in quello che gli eredi noti abbiano rinunciato, non si parla d'eredità giacente, ma s'adopera un'altra locuzione, quella di eredità vacante. Questa espressione è però anch'essa poco esatta, tanto i



vero che nella traduzione ufficiale del codice francese in Italia, la parola di eredità vacante fu tradotta in eredità giacente; perchè lo scopo pratico è uguale a quello che si propose il Diritto romano. Dalle cose dette perciò si può argomentare che da noi non si può dire: eredità giacente è quella che « haeredem non habet, sed habere sperat » perchè l'eredità anche giacente « haeredem semper habet »: nè si può parlare d'eredità vacante, se non in senso improprio, cioè limitando la parola « crede » a designare soltanto gli eredi del sangue e gli eredi testamentari ed escludendo lo Stato.

Esaminiamo ora i casi dell'eredità giacente di cui il codice fa menzione nell'art° 980. Il primo caso è « quando l'erede non sia noto » che si vuol significare con queste parole? Si intende dire con quella frase « quando un determinato erede non sia noto » o « quando tutti gli eredi in generale non siano noti »? Alcuni hanno addotto un esempio, che dimostra come abbiano male compreso detto art°, l'esempio che io istituisca erede per testamento Virio e questi al tempo della mia morte non è noto se vi sia o dove sia. In questo caso, si dice, si ha l'erede ignoto e quindi eredità giacente. Ciò è inesatto. Quando alcuno istituisce erede una persona, poco importa se essa non sia conosciuta dalla generalità degli abitanti nel domicilio del defunto; se non si sa dove questa persona sia, nè se esista, essa non si può dire ignota, ma si deve ritenere assente. Quando una persona determinata, pel nome e cognome in modo da non potersi confondere con altra, non si sa se vi sia e dove sia; è il caso dell'assenza, ed



il caso dell'assenza è disciplinato in modo diverso dal nostro codice. Nel caso dell'assenza di un erede testamentario o legittimo, non si ha eredità giacente, ma si applica l'art. 43 C.C. altra volta ricordato, il quale stabilisce che se una persona chiamata all'eredità è assente, cioè s'ignora se esista e dove esista, l'eredità non si apre in suo favore, ma in favore di coloro che avrebbero avuto il diritto di concorrere con lei, o che avrebbero avuto il diritto di succedere in suo luogo. Tra il caso dell'assenza dell'erede ed il caso dell'erede ignoto c'è un punto di contatto, che può trarre in inganno e cioè che tanto nell'uno quanto nell'altro s'ignora se una persona esista e dove esista; ma c'è pure una differenza enorme che non bisogna trascurare. Quando si ha l'assenza, si ha ignoranza intorno all'esistenza di una determinata persona, invece quando la ignoranza cade, non sull'esistenza d'una determinata persona, ma sull'esistenza di una qualsiasi persona che abbia la qualità d'erede, e quindi di tutti quelli che avrebbero diritto ad essere eredi si ha il caso di giacenza d'eredità previsto dal codice. In altre parole, la legge dicendo essersi eredità giacente, se l'erede è ignoto, non si riferisce a questo a quell'altro erede individualmente specificato, ma si riferisce a tutto il complesso degli eredi, cioè la eredità è giacente quando non si sa chi sia l'erede, e non già quando s'ignora se tale o tal altro erede esista o pur no. Quindi il caso più ovvio di erede ignoto non s'avvera nell'ipotesi di successione testamentaria.



taria dove la persona dell'erede è determinata, ma in quella della successione legittima. Uno errore, ma non si sa se abbia lasciato figli, discendenti collaterali o parenti entro il decimo grado; ecco che qui abbiamo il caso dell'erede ignoto, in quanto non si sa quale persona sia chiamata all'eredità, non si sa se ci sia un erede. Quindi solo quando tutti gli eredi legittimi uniti al defunto col vincolo di parentela siano ignoti, solo allora l'eredità è giacente. Si potrebbe obiettare giustamente; ma c'è sempre lo Stato. Però, rispondo, è evidente che la legge in quest'articolo ha voluto limitare il concetto di erede soltanto all'erede del sangue. Perché, siccome lo Stato succede *post omnes* ed in mancanza di altri eredi, la legge ha voluto prescindere dall'esistenza dello Stato; altrimenti l'istituto dell'eredità giacente non avrebbe avuto ragione di esistere. E ciò ha fatto usando la parola erede in un senso storico; infatti storicamente sappiamo che erede tanto per il Diritto romano, quanto per il diritto consuetudinario francese non è mai lo Stato; se questo avesse diritto all'eredità, in mancanza di eredi cioè *ex* seniva perché tutti i beni vacanti erano attribuiti al fisco. È netta dunque la distinzione tra il caso dell'assenza ed il caso in cui l'erede sia ignoto. Nel caso dell'assenza si applica l'art. 43, perché se è assente uno, c'è un altro, se s'ignora che esistono i figli o i nipoti *ex filio*, vi sono i fratelli, se s'ignora se vi siano i fratelli, vi sono i parenti in terzo, in quarto, in quinto, fino al decimo grado: non sapendo cioè se un



parente più prossimo esista o no, si deve considerare chiamata all'eredità la persona di grado più remoto. Invece, quando nessuna persona compresa nelle categorie dei successibili sia nota nel luogo del domicilio del defunto per ignoranza insuperabile coi mezzi comuni, allora l'eredità si considera giacente.

2° Caso: quando gli eredi testamentari o legittimi abbiano rinunciato. Anche questo caso apparentemente sicuro presenta delle difficoltà. L'erede testamentario ha rinunciato; significa perciò che si fa luogo all'eredità giacente? L'erede legittimo, poniamo il figlio, che è il primo chiamato rinunciato, sarà dunque giacente l'eredità?

Molti scrittori francesi hanno ritenuto che basti la rinunzia di uno, perchè non ci sia più bisogno d'indagare se ci siano altri eredi, ed aspettare la rinunzia di costoro. Invece il concetto della legge è diverso; tutti gli eredi debbono avere rinunciato, perchè si possa dar luogo all'eredità giacente, inquantochè secondo i principi del nostro sistema successorio, avviene che anche quando il primo chiamato rinunzia, il diritto ereditario si considera passato ipso jure e direttamente dal defunto a colui che viene chiamato in luogo del rinunciante; perchè uno degli effetti della rinunzia è quello di far considerare il rinunciante come non mai chiamato all'eredità. Perciò se il primo chiamato ha rinunciato, non si può dire che l'eredità sia giacente; solo quando tutte le persone che hanno diritto all'eredità s'abbiano rinunciato, solo allora s'è giacente.



dell' eredità. Però, notate, non bisogna spingere le cose all' eccesso. Alcuni hanno sostenuto che è necessaria la rinunzia non solo di tutti gli eredi del sangue, cioè di tutti gli eredi legittimi e testamentari, ma è necessaria anche quella dello Stato perché l' eredità possa dirsi giacente. Quest' opinione ci sembra erronea, principalmente perché mancherebbe l' elemento caratteristico della giacenza, cioè l' incertezza intorno alla persona dell' erede che pure in realtà non manca; ma si avrebbe mancata l' effetto di erede, e certezza di tale mancata. Perciò bisogna qui adottare lo stesso criterio seguito nel primo caso. Infatti in questo la legge considera l' eredità come giacente, quando l' erede non sia noto, intendendo per eredi tutti tranne lo Stato; così dunque anche nel secondo caso fatto dalla legge, che cioè tutti gli eredi abbiano rinunciato, ragion vuole che nella parola eredi non si debba comprendere lo Stato. Non è necessario perciò aspettare la rinunzia dello Stato per aversi l' eredità giacente; basta che abbiano rinunciato tutti gli altri che avrebbero o per testamento o per legge diritto alla successione. Ma si dirà: per aspettare che tutti gli eredi fino ai parenti in decimo grado rinunzino occorre un lunghissimo tempo. Un limite naturale c' è. Supponiamo che abbiano rinunciato i figli, i nipoti, i fratelli e tutti gli eredi che si conoscono, non c' è bisogno d' aspettare anche il rifiuto degli altri eredi possibili ed eventuali fino al decimo grado, se non si conoscono. Quando hanno rifiutato tutti gli eredi no-



ti, ancorchè compresi soltanto nel primo ordine successorio, non c'è bisogno d'aspettare quelli dell'ultima categoria, ove questi siano ignoti, perchè allora si rientra nel primo caso previsto dalla legge, in quanto ci si trova di fronte ad eredi ignoti.

Larresti sono i casi previsti dalla legge. Oltre questi casi ce ne possono essere altri? Sebbene gli autori in generale sostengono di no, attenendosi alla lettera della legge senza penetrarne lo spirito, io seguendo il Filomusi, credo di sì; perchè, come vedremo, vi sono altri casi nel codice nostro in cui, se non si parla di eredità giacente, si sottopone l'eredità allo stesso regime di amministrazione al quale si sottopone nei due casi precedenti. Anzi la legge dice espressamente rispetto a questi altri casi che l'amministratore dell'eredità ha gli stessi diritti e gli stessi obblighi del curatore dell'eredità giacente (art° 861). Che differenza passa tra la condizione dell'eredità in questi casi e la condizione chiamata giacente in quelli indicati nell'art° 980? La differenza è nominale, non reale, dacchè il codice sottopone l'eredità allo stesso regime, dà al curatore gli stessi diritti e doveri che nei casi da esso esplicitamente considerati di eredità giacente. Perciò quale difficoltà scientifica o pratica potremmo avere a comprendere quegli altri casi sotto l'unico concetto di eredità giacente, tanto più che qualcuno di essi somiglia al caso tipico del Diritto romano, ed era da questo esplicitamente considerato? Perchè nel Diritto romano oltre al



caso ordinario d' eredità non accettata, si aveva eredità  
giacente, anche quando uno fosse istituito erede sotto con-  
dizione, prima che si avverasse la condizione, oppure  
quando uno concepito e non ancora nato fosse istitui-  
to erede. Ora di questi casi appunto si occupa il co-  
dice negli art. 857, e 860 capoverso; ai quali aggiunge  
anche il caso che sia istituita erede nel testamento una  
persona non nata, né concepita al tempo della morte  
del testatore, ma che sia figlio immediato di una perso-  
na vivente in questo tempo (art. 860, in principio.) Il que-  
sti casi poi se ne può aggiungere ancora un quarto, che  
abbiamo studiato a suo tempo, cioè che venga istituita  
erede una persona giuridica che non abbia ancora avuto  
riconoscimento dalla legge. Se si considera come eredità  
giacente quella che si ha nei casi indicati dall' art. 980  
e d' altra parte si verificano in questi altri casi le  
stesse esigenze di fatto, che nei primi, a tanto maggior  
ragione, si deve dire che vi sia anche qui eredità gia-  
cente. E dico, a tanto maggior ragione, perché nei casi  
contemplati dall' art. 980, obbiettivamente, realmente il sog-  
getto dei beni ereditari c' è; se non c' è una persona  
fisica, c' è lo Stato; invece in questi altri casi ora ri-  
cordati non esiste nemmeno obbiettivamente il sogget-  
to fisico dei beni ereditari; perché l' erede istituito  
sotto condizione non è ancora erede non avendo attual-  
mente la possibilità di acquistare l' eredità; il non con-  
cepito o colui che è concepito ma non nato, non a-  
vendo personalità, non hanno diritto alcuno, come per



re la persona giuridica non riconosciuta è agli occhi della legge come non esistente.

Ecco la necessità pratica di regolare l'eredità nel periodo transitorio che corre tra l'apertura della successione ed il momento in cui l'istituto erede sia nella possibilità d'accettare. Sebbene, dunque la legge disciplini separatamente questi casi, pure essi si possono comprendere nel concetto generale d'eredità giacente.

Visti così i casi in cui ha luogo l'eredità giacente, vediamo l'indole giuridica di questo istituto. La questione è delle più disputate fin dai tempi antichi. Nei frammenti romani si trovano tre opinioni che non si possono conciliare tra loro, non ostante gli erculei sforzi fatti dai romanisti giacché le contraddizioni si spiegano solo ricorrendo alla storia di quei frammenti. In alcuni d'essi si trova detto che i beni dell'eredità giacente sono *bona nullius*; in altri si trova detto che l'eredità giacente è considerata come una persona, e quindi parrebbe che fosse una persona giuridica, infatti l'eredità giacente vien chiamata *domina bonorum* e si dice che *personae vice fungitur*. Però in altri frammenti questa personalità giuridica è in certo modo attenuata; l'eredità giacente si considera non una vera persona giuridica per sé stante, ma come una persona che rappresenta un'altra. E questa stessa rappresentanza alcune volte è riferita all'erede (*haereditis personam gerit*), molte volte è riferita al defunto (*defuncti non haere*



dis personam gerit). Infine in altri luoghi è detto che l' accettazione dell' eredità ha sempre effetto retroattivo, dimodochè il diritto dell' erede si ricollega immediatamente al diritto del defunto come se non ci fosse stato il periodo intermedio di giacenza dell' eredità. Ora quest' ultimo principio viene a distruggere il concetto di eredità giacente, come persona giuridica, perchè questo concetto è inconciliabile colla retroattività dell' accettazione. Se nel tempo intermedio tra l' apertura e l' accettazione dell' eredità esistesse una persona giuridica, quale sarebbe l' eredità giacente, l' erede si dovrebbe considerare come successore di questa persona giuridica, non già come successore del defunto; non si potrebbe sopprimere idealmente la personalità di quest' ente nel tempo intermedio. La spiegazione di tale varietà è che si tratta di opinioni che ebbero vigore in tempi diversi. Vi fu un tempo assai remoto e primitivo in cui l' eredità giacente era considerata come cosa di nessuno; i beni erano *res nullius* e così si spiega che il furto dei beni ereditari non era considerato tale. Ma si capì ben presto che questo sistema era poco conforme alle civili esigenze e si ricorse all' expediente di considerare l' eredità come rappresentante del vero titolare del patrimonio. Pare che dapprima si pensasse a riguardare l' eredità come rappresentante del defunto, ma poi finì col prevalere il concetto che i rapporti patrimoniali, i quali si svolgono durante lo stato di giacenza, mettano capo al futuro erede; e p.



però l' eredità venne considerata come rappresentante il futuro erede. Ciò si concilierebbe col principio della retroattività dell' accettazione. Simili risultati possono affermarsi con relativa sicurezza rispetto al diritto classico. Ma quanto al diritto Giustiniano sembra assai difficile se si possa negare la funzione della persona giuridica. Anzi si ritiene, in seguito all' esame dei testi, che fu Triboniano ad interpolare vari frammenti dei giuriconsulti, il che spiegherebbe come trovansi manifestate opinioni opposte dallo stesso giuriconsulto.

Tutte le frasi che nelle fonti alludono alla persona giuridica sarebbero di fattura giustiniana, e così si spiegherebbe la l. 22 dig. 46, 1, in cui è innegabile la equiparazione dell' hereditas jacens ad altre persone giuridiche, come il Municipium, la decuria e la societas.

Nel diritto nostro risorge la questione: vi sono alcuni autori che hanno voluto sostenere che l' eredità giacente, abbia personalità giuridica; altri invece sono ricorsi al concetto che possono esistere diritti senza soggetti, ed altri infine hanno creduto più giustamente, che l' eredità giacente non sia persona giuridica, né che ci sia bisogno di ricorrere al concetto di diritti senza soggetti, ma che si possa spiegare la cosa facilmente concependo l' eredità non come persona, ma come massa di beni di cui ha cura la persona chiamata perciò curatore, che rappresenta un' altra persona che esiste o esisterà.

(1) Cfr. Di Marro negli Studi in onore di Scialoja, vol II pag 53



Questa opinione è la sola vera. L'eredità giacente non è persona giuridica; e ciò si deve ammettere da noi a maggior ragione che nel Diritto romano. In questo c'è qualche ragione di tale credenza, perché nel tempo intermedio tra l'apertura e l'accettazione della successione, nessuno è il soggetto dei beni ereditari, quindi la necessità di fingere un soggetto e di creare la persona giuridica. Ma nel diritto nostro, invece abbiamo visto come i casi tipici indicati nell'art. 980, sono casi che presuppongono non la mancanza obbiettiva d'un soggetto, ma solo l'incertezza subbiettiva, cioè l'ignoranza intorno all'erede: un erede c'è sempre, e se anche non fosse erede una persona fisica, come lo Stato esiste sempre, un erede si avrebbe sempre nello Stato. Siccome nel diritto nostro l'eredità si trasmette ipso jure dal defunto all'erede, chiunque egli sia, non si può dire che nel frattempo non ci sia stato erede; quindi è inutile praticamente e teoricamente assurdo fingere altro soggetto diverso dall'erede, quando questo esiste sempre. Oltre questa ragione speciale, vi è una ragione di indole generale. Per avere una persona giuridica ci vogliono diversi elementi. Si richiede anzitutto un'organizzazione di patrimonio per un interesse collettivo qualsiasi; non dico sociale o pubblico. Qui invece non abbiamo un interesse collettivo; i beni ereditari debbono essere conservati, ed amministrati nell'interesse di colui che dev'essere l'erede. Manca ancora l'al-



tro elemento, cioè il riconoscimento formale. La legge in nessun luogo ha considerato l'eredità giacente come persona giuridica, e non la fa funzionare come tale; invece vediamo che il curatore può considerarsi benissimo, non già come rappresentante di un ente morale, ma come rappresentante di una persona fisica. In mancanza, perciò di ragioni speciali e generali, dobbiamo respingere nel diritto nostro il concetto della persona giuridica, appunto perché oltre il principio della retroattività dell' accettazione, il quale contraddice all' idea della persona giuridica, c'è l'altro più importante per noi, della trasmissione ipso jure dell'eredità dal defunto all' erede, prima che abbia luogo l' accettazione; il quale principio esclude necessariamente il concetto della personalità giuridica. Si può ricorrere all' idea di un diritto senza soggetto? S'è detto che non è necessario che per l' esistenza d' un diritto vi sia un soggetto. In generale però il diritto è un' attività, una potestà; l' attività, la potestà presuppongono il soggetto attivo, che possa agire, quindi concepire un diritto senza un individuo o un ente che ne sia soggetto, è una contraddizione in termini. Ma se questo è vero assolutamente parlando è però possibile concepire il diritto in uno stato transitorio, che non abbia soggetto attualmente, ma che possa averlo. In questo caso il diritto non esiste come potestà morale, ma piuttosto come stato di fatto. Ma, secondo il sistema del nostro codice, non c'è nemmeno bisogno di ricorrere a



questo concetto, almeno nei casi tipici dell'art. 980, perché anche allora il soggetto n'è, come abbiamo detto. Perciò non ci resta che accogliere la teoria che si adatta a tutti i casi, cioè l'eredità giacente sia un patrimonio, non un soggetto di diritti, il quale ha un'amministrazione autonoma, esercitata da una persona fisica che si chiama curatore, in rappresentanza di un'altra persona. Ma qual'è quest'altra persona? È il defunto, è l'erede? Alcuni, tra cui il Pacifici Marroni, dicono che il curatore rappresenta l'eredità. Notate che lo stesso Pacifici Marroni esclude l'idea della personalità giuridica, e perciò così pensando si contraddice; perché se l'eredità fosse persona giuridica, comprenderei che il curatore si dovesse considerare come rappresentante dell'eredità; ma dal momento che l'eredità giacente non è persona giuridica, il curatore non può rappresentare l'eredità. Quest'idea dunque è da scartarsi sull'altro. Rappresenta il defunto? Questa è l'opinione dominante nella dottrina e nella giurisprudenza, ed è fondata su molti passi delle fonti del Diritto romano, da cui appare che anche presso i giureconsulti romani l'idea dominante era che il curatore dell'eredità giacente rappresentasse il defunto. Però, secondo noi, questo concetto è contraddetto dai principii generali sulla rappresentanza. La rappresentanza suppone l'esistenza di due persone, una che agisce in nome di un'altra, e l'altra nel cui interesse la prima agisce. Ora il curatore è senza dubbio una persona esistente, ma



il defunto è una persona? No: o si ammetta la teoria materialistica, che dopo la morte non esista più nulla e allora è strano parlare di rappresentanza; oppure si ammette la teoria dell'immortalità dell'anima ed allora nemmeno si può parlare di rappresentanza perché lo spirito immortale sciolto dai lacci del corpo può dire: «il mio regno non è di questo mondo». Poiché la sua attività si svolge in un campo ultra sensibile, e non può più avere quegli interessi alla cui tutela il Diritto intende. Perciò non potendosi sostenere che il curatore sia rappresentante del defunto, non ci resta che affermare il curatore essere rappresentante dell'erede. Perché o questo erede esiste realmente ed attualmente, come nei casi previsti dal codice, e solo se ne ignora l'esistenza; o dovrà esistere in avvenire, come nel caso di concepito e non ancora nato; di persona non ancora concepita, di persona giuridica non ancora riconosciuta; tanto negli uni che negli altri casi il curatore rappresenta sempre l'erede.

Cio' posto, non si può sostenere che il curatore rappresenti anche gli interessi dei creditori ereditari, i diritti di costoro dipendono dal diritto del debitore; la rappresentanza che il curatore esercita nell'interesse dell'erede, viene in certo modo, e solo in via indiretta a giovare ai creditori ereditari. L'istituto dell'eredità giacente è diretto unicamente a conservare ed amministrare il patrimonio ereditario, non pu



re a liquidarlo, come alcuni hanno affermato non a-  
rendo il curatore facoltà di pagare direttamente i credito-  
ri col danaro che trova nel compendio ereditario o che ri-  
cava dalle rendite, giacchè egli è sempre tenuto a depo-  
sitarlo, e d'altra parte i creditori possono sempre agire  
sui singoli beni ereditari con separata azione. Perciò l'ere-  
dità giacente è un patrimonio autonomo, amministrato  
da un curatore in rappresentanza dell'erede; non è per-  
sona giuridica per sé stante, né un patrimonio in li-  
quidazione, come nella procedura di fallimento.

---



## Lezione XVI<sup>a</sup>

### Sommario

Il curatore dell'eredità giacente. Nomina di esso. Sua figura giuridica. Suo ufficio: obblighi: atti che può compiere. Responsabilità. Efficacia degli atti da lui compiuti. Cessazione dall'ufficio. Il curatore illegale.

Nella passata lezione studiammo il concetto dell'eredità giacente. Essa si può considerare come un patrimonio autonomo, amministrato da un curatore, che rappresenta l'erede. Ora vediamo le norme che regolano l'amministrazione. Chi deve nominare il curatore? L'art<sup>o</sup> 981 dice che il curatore è nominato dal Pretore del Mandamento in cui s'è aperta la successione e il decreto deve pubblicarsi nel foglio degli annunci legali della Provincia. Questa nomina del curatore può essere fatta sull'istanza di qualsiasi interessato, creditori, legatari, se ve ne sono, ed anche secondo alcuni sull'istanza del Pubblico Ministero, perché è interesse generale che i beni non vadano perduti e che siano conservati, ed anche d'ufficio.

Si fa questione, se abbia diritto di nominare il curatore dell'eredità giacente lo stesso testatore, in previsione che gli eredi tutti rinunzino. È valida o no questa nomina? Alcuni hanno sostenuto che essa non è valida, perché la legge deferisce la nomina al Pretore del Mandamento in cui si è aperta la successione.



Questa non è una buona ragione, perchè la legge prevede l'ipotesi ordinaria in cui il testatore non abbia provveduto; ma se v'avesse provveduto, non v'è ragione in contrario per ritenere che la nomina non sia valida. Il testatore, meglio degli altri interessati, può provvedere ai suoi beni, può sapere quali persone hanno la sua completa fiducia e possano meglio amministrare i beni ereditari, perchè adunque questa nomina dovrebbe ritenersi nulla? Perciò noi riteniamo che, sebbene la legge conferisca al Pretore del Mandamento in cui s'è aperta la successione la nomina del curatore, questa possa farsi dal testatore, ove egli preveda il caso della rinunzia di tutti gli eredi.

I casi però in cui il curatore viene nominato dal Pretore sono quelli previsti nell'art. 380 C.C. cioè quando l'erede non sia noto, oppure quando tutti gli eredi legittimi e testamentari abbiano rinunciato. Ma noi abbiamo detto che oltre questi casi di eredità giacente, ce ne sono degli altri nei quali la legge a rigore non parla di eredità giacente, ma sottopone l'eredità alla stessa amministrazione del curatore, come quando ha luogo l'eredità giacente. E perciò abbiamo concluso che questi altri casi, si possono senza difficoltà considerare come casi di eredità giacente. Tali casi si verificano quando uno è istituito erede sotto condizione sospensiva, prima dell'avverarsi della condizione; quando s'è istituito erede uno non nato ma concepito; quando s'è istituito erede uno non



meno concepito, e finalmente quando s'è istituita una persona giuridica non ancora riconosciuta. Ma in questi casi, sebbene l'amministrazione dell'eredità debba essere deferita a un curatore, è la legge stessa che provvede a designare chi debba essere. Ecco ciò che si dispone negli art. 858 e 859 C.C.

Nel caso che alcuno è istituito erede sotto condizione sospensiva, prima che la condizione si verifichi la legge designa la persona che deve essere curatore, partendo dal criterio del maggiore interesse.

Chi ha maggiore interesse a curare l'eredità giacente in questo caso? Bisogna distinguere due ipotesi: se con l'erede istituito sotto condizione sono istituiti altri eredi senza condizione, e col diritto all'accrescimento, è evidente che maggiormente interessati nell'amministrazione della quota ereditaria spettante all'erede sotto condizione, sono i coeredi a vantaggio dei quali vi è il diritto all'accrescimento: e perciò l'art. 858 dispone che l'amministrazione dell'eredità sarà affidata al coerede od ai coeredi istituiti senza condizione, quando tra essi e l'erede condizionale, possa avere luogo il diritto d'accrescimento. Nella ipotesi poi che non ci sia diritto ad accrescimento l'erede sottoposto a condizione e gli altri coeredi, maggiormente interessato all'amministrazione dei beni ereditari è chi ha diritto alla quota in mancanza dell'erede, o che egli rinunci, o che non si verifichi la condizione, e tale è l'erede legittimo. Quindi l'erede



legittimo più prossimo è il curatore di diritto.

Veniamo ora al caso che alcuno abbia istituito erede uno che non sia nato ma sia concepito, oppure uno che non sia ancora concepito. (Art° 860 C.C.)

Se alcuno sia istituito erede senza nemmeno essere concepito, allora si applica lo stesso criterio posto pel caso di uno istituito erede sotto condizione sospensiva, perchè la istituzione di uno non ancora concepito si può paragonare all'istituzione condizionale.

Istituisco eredi i figli di mio fratello non ancora ammogliato. Questa istituzione equivale evidentemente ad una istituzione condizionale, cioè a quella che si avrebbe dicendo: istituisco eredi i figli di mio fratello se si sposerà ed avrà dei figli. Quindi se gli eredi non ancora concepiti sono chiamati alla eredità insieme ad altre persone, con diritti di accrescimento, l'amministrazione della quota d'eredità giacente spetterà a queste persone; ma se non vi sono coeredi od i coeredi non hanno il diritto d'accrescimento, allora saranno gli eredi legittimi più prossimi che avranno il diritto ad essere curatori (art° 860).

Diversamente però è regolato il caso in cui sia istituito alcuno che sia concepito al tempo della morte del testatore, sebbene non sia ancora nato. Il concepito ha un rappresentante naturale; il principio generale che il genitore che esercita la patria potestà rappresenta non sol i figli nati, ma



anche i nascituri, cioè i semplicemente concepiti (art. 224). Perciò in questo caso la legge deferisce la cura dell' eredità giacente al padre, ed in mancanza alla madre, cioè al genitore che esercita la patria potestà (art. 860 capov.).

Il codice nostro però non prevede il caso che alcuno abbia istituito erede una persona giuridica non ancora riconosciuta. Chi sarà allora il curatore dell' eredità giacente? Noi crediamo che in questo caso l' amministrazione spetti alla Congregazione di Carità, perchè la legge sulle Opere Pie (1) impone alla Congregazione di Carità l' obbligo di prendere tutti gli opportuni provvedimenti per la conservazione dei beni destinati agli enti non ancora riconosciuti, e di provocare il decreto per il riconoscimento. Su base a questa disposizione si può dire che ad essa spetta la cura dell' eredità giacente.

Ciò premesso, sorge la questione: la legge stabilisce qual' è il curatore di diritto dell' eredità giacente nei casi enunciati. Ma si può ammettere la nomina di un curatore diverso da quello indicato dalla legge? L' autorità giudiziaria può, avuto riguardo a certe circostanze speciali di fatto, nominare un curatore diverso? La questione è molto dibattuta. Alcuni dicono che non si può nominare un curatore diverso dalle persone indicate in quegli articoli, perchè la volontà della legge deve prevalere

(1) Legge 17 luglio 1890, art. 84.



su la volontà del magistrato. Altri pensano diversamente e dicono che la legge ha previsto l'ipotesi normale, che le persone indicate diano affidamento di interessarsi per davvero. Ma se nel fatto queste persone siano negligenti, e non curano l'eredità giacente; perché l'autorità giudiziaria non dovrebbe sostituirsi con altre persone? Noi accogliamo una terza opinione che è intermedia. Bisogna distinguere caso da caso. Nei casi d'istituzione condizionale o d'istituzione di uno non ancora concepito, la legge stabilisce sì quale dev'essere il curatore, ma basandosi sul presupposto che il curatore da essa designato sia la persona maggiormente interessata; quindi ove il fatto contraddica la previsione della legge, non si può impedire al magistrato di provvedere più efficacemente all'eredità giacente; l'affidamento che fa la legge su certe persone non crea a favore di queste un vero e proprio diritto. Infatti il codice a tale proposito usa le parole: «l'amministrazione sarà affidata.....». Invece nel caso in cui sia istituito uno concepito ma non nato, la legge usa un'altra locuzione; non dice l'amministrazione sarà affidata, (perciò, occorre, si noti, un decreto del magistrato che attui il precetto astratto della legge) ma dice: «l'amministrazione spetterà al padre ed in mancanza alla madre»; e così attribuisce al padre o alla madre un vero diritto indipendentemente da qualsiasi decreto di magistrato. È un diritto vero e proprio che ha il padre e la madre, di



amministrare l'eredità destinata al figlio nascituro, perché il padre e la madre per principio generale di legge rappresentano non solo i figli nati, ma i figli nascituri. Perciò, solo nel caso del figlio nascituro, l'amministrazione necessariamente spetterà al padre o alla madre. Negli altri casi invece, se il magistrato non trova conveniente affidare la cura alle persone indicate dalla legge, può sostituirle con altre persone. L'art. 853 riconosce espressamente tale facoltà al giudice nell'ipotesi che l'erede condizionale non abbia coeredi, o non vi sia accrescimento. Or non ci sarebbe ragione per negare tale facoltà quando l'erede condizionale avesse dei coeredi o si facesse luogo all'accrescimento.

Nasce a questo luogo un'altra questione: quale magistrato potrà nominare il curatore in luogo di quelli designati dalla legge? Abbiamo visto che nei casi tipici dell'eredità giacente, il magistrato competente è il Pretore. Ora si può dire anche che negli altri casi sia il Pretore abilitato a nominare il curatore? No. L'attribuzione del Pretore di procedere a tale nomina costituisce un atto di giurisdizione volontaria di sua speciale competenza, ma quando si tratta di casi che la legge non considera espressamente come casi di eredità giacente, e di cui tratta a parte, come quelli di cui ci siamo occupati e s'impegna necessariamente una contestazione sulla convenienza di nominare un curatore



di fiducia in luogo di quello chiamato dalla legge, trattarsi allora di procedimento contenzioso e dobbiamo ritornare alla regola generale, cioè essendo la nomina del curatore materia di valore indeterminato, ed indeterminabile, la nomina spetterà al Tribunale.

Qual'è la figura giuridica del curatore? Alcuni autori sostengono che il curatore designato dalla legge o nominato dal magistrato rivesta la figura di mandatario legale. Questo concetto è inesatto, come si può intendere dalle cose che ho detto tante volte; perché il mandatario è uno che ha ricevuto un incarico; è una persona la quale ha accettato una proposta, è un contraente qualsiasi; ma quando non s'è contratto di sorta, non si può ricorrere all'idea del mandatario. Se gli autori ricorrono a quest'idea, ciò fanno in base al concetto inesatto che hanno della rappresentanza. La rappresentanza è un istituto giuridico che non si confonde punto col mandato; il mandato può importare rappresentanza, ma non la importa necessariamente, inquantochè la rappresentanza consiste nel potere agire in nome e luogo altrui, cosicchè i diritti e le obbligazioni in cui incorre il rappresentante sono diritti ed obbligazioni che stanno a favore e a carico del rappresentato: in vece nel mandato è possibile che il mandatario agisca per conto altrui, ma in nome proprio; ed allora i diritti acquistati dal mandatario non sono ipso jure acquistati dal mandante, nè le obbligazio-



ni assunte dal mandatario, sono a carico del mandante. Inoltre abbiamo anche molti casi di rappresentanza che non dipendono dal mandato. Così per esempio: un socio può amministrare l'azienda sociale senza mandato degli altri soci, ed egli è il rappresentante di costoro. Il commesso del negozio è rappresentante della ditta preponente, eppure base di questa rappresentanza si trova in un contratto di locazione d'opera.

Abbiamo infine dei casi di rappresentanza che provengono dalla legge, come nel caso della tutela. Perciò non bisogna confondere il concetto di mandatario con quello di rappresentante: e quindi non tutte le regole che si trovano nel codice rispetto al mandatario riguardano il curatore dell'eredità giacente. Il curatore, come a qualsiasi rappresentante in generale, possono applicarsi solo quelle regole scritte sotto il titolo del mandato, che concernono il mandatario nella sua qualità di rappresentante, le altre no. Così mentre l'ufficio del mandatario è per se stesso gratuito, non si può dire lo stesso per il curatore dell'eredità giacente; la gratuità è effetto specifico del contratto di mandato, ma non è comune a tutti i casi di rappresentanza; quindi sebbene il curatore sia un rappresentante, quella disposizione speciale al contratto di mandato, cioè la gratuità dell'ufficio, non gli si applica. Il curatore, perciò, è rappresentante *ex lege* dell'erede.

Vediamo quali sono i doveri di questo rappresentante. Ossia tutto, come prescrive il codice di procedura



circa all' art<sup>o</sup> 897, deve prestare giuramento di custodire fedelmente i beni ereditari, di amministrarli e conservarli da buon padre di famiglia e rendere conto dell' amministrazione ogni volta che ne sia richiesto<sup>(1)</sup>. Qui si scorge facilmente come l' ufficio del curatore dell' eredità giacente consiste principalmente nella conservazione e nell' amministrazione dei beni ereditari. Il questo ufficio sono naturalmente commesse delle obbligazioni.

Il codice dice che le obbligazioni del curatore dell' eredità giacente circa l' inventario, il modo d' amministrazione e la resa dei conti, sono quelle stesse che gravano sull' erede col beneficio dell' inventario (art<sup>o</sup> 983).

Però, non bisogna prendere questa equiparazione nel senso stretto, perchè si cadrebbe in errore. Il codice equipara il curatore dell' eredità giacente all' erede beneficiario in quanto al modo dell' amministrazione, non in quanto alla posizione giuridica, perchè l' erede col beneficio dell' inventario, pur avendo l' obbligo dell' amministrazione, è sempre erede, proprietario; e non si può dire semplice amministratore. La conseguenza è che se l' erede col beneficio d' inventario eccede il limite della semplice amministrazione, i suoi atti non sono nulli, perchè sono atti compiuti da un proprietario, e solo egli perde il beneficio dell' inventario; invece se il curatore dell' eredità giacente eccede il limite della semplice amministrazione, i suoi

(1) Questo giuramento ha efficacia solo morale, giacchè non dà esso, ma dalla legge derivano gli obblighi di custodire ecc; ed avendo carattere promissorio, non è neppure soggetto alle pene del Codice penale.



atti sono nulli perchè egli non è proprietario. Tra le obbligazioni che si commettono all' ufficio del curatore n'è anzitutto quella di fare l'inventario. Appena fatto l'inventario, prescrive il codice di procedura civile all' art° 852, deve far vendere i beni mobili. La legge a questo proposito segue lo stesso criterio seguito per il tutore; anche il tutore è obbligato a fare vendere i beni mobili, perchè si considera che i beni mobili hanno bisogno di spesa per la conservazione, mentre sono cose infruttifere e soggette a facile deterioramento. L'obbligo però del curatore dell'eredità giacente di vendere i beni mobili, nella pratica subisce delle eccezioni. Supponiamo che vi siano beni mobili di gran valore, o che coll'andar del tempo acquistano maggior pregio, come statue antiche, quadri, libri o beni, che per la loro conservazione non richiedono delle spese; deve il curatore vendere questi beni? La legge veramente non fa eccezioni, però crediamo che in simili casi il curatore non sia obbligato a vendere perchè con la vendita si otterrebbe lo scopo diametralmente opposto a quello che si propose il legislatore, che è d'avvantaggiare gl'interessi dell'eredità. Dove però il curatore creda opportuno non vendere i beni mobili, dovrà domandare l'autorizzazione al magistrato, per esonerarsi da ogni responsabilità. Il curatore può vendere anche i beni immobili, quando sia necessario; però occorre l'autorizzazione giudiziarla.

Un altro obbligo importante del curatore dell'eredità



giacente e quello di depositare il denaro che si trova  
 se nell' eredità, e il presso ricavato dalla rendita dei  
 beni mobili ed immobili presso la Cassa di Depositi e  
 Prestiti (art° 382), perchè queste somme depositate siano  
 fruttifere e non si abbia il pericolo che siano consumate  
 o disperse dal curatore. Simile obbligo non ammette  
 eccezioni; il curatore non può dire: io negoziando  
 su queste somme, potrei guadagnare all' eredità il  
 5%, mentre la Cassa Depositi e Prestiti dà il 2½%; la  
 legge ciò non consente, il curatore ha imprescindibil-  
 mente l' obbligo del deposito. Ma deve depositare an-  
 che ciò che ricava dal pagamento di fitti, di reddi-  
 ti, ecc? La legge tace al riguardo, e perciò non possia-  
 mo obbligare il curatore a fare deposito, di queste som-  
 me, anche per la ragione che il curatore dovendo  
 far le spese di conservazione e di custodia, potrà  
 servirsi delle somme ricavate da fitti, senza essere  
 costretto a domandare di volta in volta lo svincolo del-  
 le somme occorrenti.

D' altra parte, anche negando l' obbligo del deposito  
 di queste somme, non manca ogni garanzia per  
 gl' interessati, perchè il curatore può essere chiamato  
 in qualunque tempo a render conto delle rendi-  
 te percepite.

Oltre di questo, deve rappresentare in giudizio l' ere-  
 dità sia come attore che come convenuto, e fare tut-  
 ti gli atti di amministrazione necessari per la cu-  
 stodia e la conservazione della cosa (art° 382). Però



se può affittare i beni immobili e fare tutti quegli atti che rientrano nel concetto della semplice amministrazione, non può compiere delle locazioni ultra novennali, perchè per esse è necessaria una capacità eccedente la semplice amministrazione. Che deve dirsi della riscossione di capitali? Questa questione è molto agitata in giurisprudenza. Se un debitore ereditario paga il proprio debito nelle mani del curatore dell'eredità giacente, pagherà bene o pagherà male? Il codice non dice nulla. Alcuni pensano: giacchè il codice tace si può benissimo pagare nelle mani del curatore, ed essere liberati dall'obbligazione; altri sostengono il contrario, ed hanno ragione, perchè il principio generale che il codice applica in diversi casi è che l'esercizio dei capitali è un atto che eccede la semplice amministrazione. Il debitore ereditario allora può ritenersi che abbia pagato validamente nelle mani del curatore, quando costui abbia avuto l'autorizzazione giudiziale, in mancanza di questa il debitore farà meglio ad astenersi dal pagare il debito ereditario.

Però, se il curatore dell'eredità giacente non può fare atti eccedenti la semplice amministrazione, ci sono alcuni atti che la legge dichiara espressamente che può fare, altri che deve fare coll'autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Uno di questi atti è la transazione. Il curatore, come l'erede col beneficio dell'inventario, può fare transazioni;



col permesso del Pretore o del Tribunale, secondo il valore della transazione (art. 80 proc. civ.) Ma può accettare un' eredità, può rinunziarvi, può procedere a divisione? Supponiamo che il defunto sia morto senz' accettare, nè rinunziare un' eredità a lui devoluta. Il diritto d' accettare o di rinunziare si trasmette all' erede, com' è noto. Ma nel caso che l' eredità sia giacente, il curatore può sostituirsi all' erede ed accettare o rinunziare all' eredità? Alcuni dicono che non può accettare, nè rinunziare, perchè verrebbe a compromettere i diritti dell' erede. Altrimenti, quando l' erede si manifesta, potrebbe trovare accettata un' eredità che a lui sembra onerosa e che non avrebbe accettata, oppure ripudiata un' eredità che avrebbe accettata. Siccome i poteri del curatore, dicono costoro, sono limitati all' amministrazione, e invece gli atti della rinunzia o dell' accettazione dell' eredità cedono la semplice amministrazione, così questi non possono essere compiuti dal curatore. Però altri oppongono: tutto questo è vero, ma d' altra parte è interesse generale, e principalmente degli altri eredi, i quali dovrebbero succedere in luogo del rinunziante, sapere quanto prima se un' eredità devoluta, e non accettata, sia accettata o ripudiata: le cose non possono stare in sospeso fino a che si scopra l' erede; quindi il curatore può benissimo accettare o rinunziare, tanto più che in applicazione dell' art. 951 può essere consentito in giur-



dirio per decidersi entro il termine che fisserà il magistrato, se intende accettare o rinunziare. Questa opinione ci sembra più giusta. Il curatore può accettare o rinunziare; ma non da sé solo; deve chiedere l'autorizzazione del magistrato. Quando ha ottenuto l'autorizzazione, non compie un atto eccedente i suoi poteri, e l'erede deve subire le conseguenze dell'atto compiuto dal curatore. Lo stesso dicasi per la divisione. Occorre fare necessariamente la divisione quando uno degli interessati la richieda, né il curatore può rifiutarsi a prendervi parte; quindi il curatore può compiere l'atto di divisione, sempre però coll'autorizzazione del magistrato.

Finalmente ultimo obbligo del curatore dell'eredità giacente è il rendiconto finale. Finita la gestione deve rendere conto all'erede: e anche deve rendere conto agli interessati ogni qualvolta ne sia richiesto. È vero che il codice civile (art.º 982) parla di rendiconto finale, ma il codice di procedura civile (art.º 897) parla di rendiconto ogni qualvolta ne è richiesto, cioè anche durante la gestione.

Visti gli obblighi, vediamo qual'è la responsabilità del curatore. Risponderà, secondo i principii generali, anche della colpa lieve. A questo proposito è da notare che la equiparazione che fa il codice dell'erede col beneficiario dell'inventario al curatore dell'eredità giacente, non giova per far ritenere che il curatore risponda solo della



colpa grave. L'erede col beneficio dell'inventario risponde solo della colpa grave, di quella colpa cioè che presuppone una negligenza massima; tale eccezione è giustificata dal fatto che egli è sempre proprietario, e non semplice amministratore, mentre il principio generale è che ogni persona tenuta ad adempiere un'obbligazione deve rispondere della colpa lieve, cioè dell'omissione di quella diligenza che suole usare un buon padre di famiglia. Perciò al curatore dell'eredità giacente va applicata la regola, non la disposizione eccezionale, perché ne manca il fondamento, essendo il curatore un semplice amministratore, e non anche un proprietario, come l'erede beneficiario. Su ciò gli autori sono d'accordo, dato anche il testo dell'art° 837 proc. civ. che richiede il giuramento di amministrare da buon padre di famiglia.

Passiamo ora a studiare l'efficacia degli atti compiuti dal curatore dell'eredità giacente.

Abbiamo visto che il curatore può compiere tutti gli atti che non eccedano la semplice amministrazione, e anche gli atti eccedenti, qualora sia autorizzato dall'autorità giudiziaria. Quando l'erede si fa conoscere e finisce lo stato di giacenza dell'eredità, gli atti compiuti dal curatore obbligano anche l'erede? L'erede deve rispettare gli atti del curatore, oppure può invocare il principio *res inter alios acta, tertio neque prodest neque nocet*? Evidentemente l'erede non può disconoscere la efficacia degli atti compiuti dal curatore in base al principio generale, che gli atti compiuti



dal rappresentante imputano giovamento e danno al rappresentato; gli atti compiuti dal rappresentante si considerano come compiuti dal rappresentato stesso, perchè il rappresentante non fa altro che sostituirsi alla volontà all'attività del rappresentato. Quindi le obbligazioni in cui è incorso il curatore sono obbligazioni che debbono essere adempite dall'erede; purchè gli atti siano fatti nei limiti della semplice amministrazione e nelle forme volute dalla legge, deve rispettarli. Così pure debbono rispettarli i creditori ereditari, perchè questi non hanno un diritto maggiore del loro debitore, non hanno un diritto proprio, ma un diritto dipendente, e subordinato a quello del loro autore. Perciò se l'erede deve rispettare gli atti compiuti dal curatore dell'eredità, a maggior ragione debbono rispettarli i creditori ereditari. Lo stesso ha luogo anche per le sentenze che siano state pronunciate contro il curatore dell'eredità giacente. Il curatore è obbligato dalla legge a sostenere dei giudizi a favore dell'eredità, a rispondere alle azioni intentate contro l'eredità: supponiamo che il curatore costretto a sostenere un giudizio abbia avuto una sentenza contraria agli interessi dell'eredità: questa sentenza avrà efficacia contro l'erede e contro i creditori ereditari. Ma vale il principio: res inter alios, ecc. perchè l'erede non è un terzo, invece è la stessa persona del curatore, in quanto è da costui rappresentato. E tanto meno possono invocare quel principio i creditori ereditari, perchè costoro, come abbiamo det-



to, non hanno un diritto per se stante, seguono la stessa sorte del debitore e come il loro debitore deve sopportare le conseguenze della sentenza pronunciata contro il curatore, così debbono sopportarle i creditori ereditarii. In un solo caso la sentenza pronunciata contro il curatore non si estende all'erede. Qual' è questo caso? Supponiamo che il curatore dell'eredità giacente sia chiamato in giudizio da uno che si pretende erede. Il magistrato dà ragione a questo preteso erede e condanna il curatore a rendere conto e a lasciare l'amministrazione. Un bel giorno spunta il vero erede e dimostra che quello che ottenne la sentenza contro il curatore non era erede. La sentenza pronunciata contro il curatore nuoce al vero erede? No, perchè in questo caso il curatore è una persona che non aveva la potestà di contraddire legittimamente a chi si presentò in giudizio; giacchè i limiti dell'amministrazione del curatore, non comprendono il diritto d'impugnare la qualità d'erede. Dal momento che l'erede appare ed il magistrato lo dice vero erede, il curatore non può dimostrare il contrario, perchè egli in tanto ha diritto ad amministrare l'eredità in quanto non vi sia l'erede. Non avendo il diritto ad impugnare la qualità di erede, non essendo legittimo contraddittore nel giudizio di petizione d'eredità, la sentenza pronunciata contro di lui potrà avere solo l'effetto di far cessare l'amministrazione, ma non quello di nuocere al vero erede; perchè le sentenze possono produrre efficacia, contro le



persone non intervenute in giudizio, solo se la persona contendente in giudizio avesse il potere di contraddire legittimamente l'attore.

L'ufficio di curatore può cessare per diverse cause, cause soggettive e cause oggettive. 1°) Le cause oggettive sono facili a determinare; il curatore cessa quando si conosce chi sia l'erede; quando l'erede istituito sotto condizione o il nascituro venga all'esistenza nella possibilità di accettare l'eredità; e quando sia liquidato tutto il patrimonio ereditario, dopo il pagamento dei debiti.

2°) Il curatore cessa dal suo ufficio per ragioni soggettive, quando sia morto o per incapacità sopravvenuta, perché dichiarato interdetto, inhabilitato, fallito, cessa per revoca che il magistrato possa fare in seguito ad abusi.

In questi casi finisce non già l'eredità giacente, ma l'ufficio del curatore e costui può essere sostituito da un'altra persona. In tutti questi casi si deve rendere il conto finale.

Una ultima questione. Abbiamo supposto che il curatore sia stato nominato legalmente, nei casi previsti dalla legge; ma supponiamo che si nominasse un curatore d'eredità giacente, mentre in realtà non si verifica il caso previsto dalla legge. Innanzi tutto ha rinunciato all'eredità, e gli interessati fanno dichiarare giacente tale eredità, mentre vi sono altri eredi. Abbiamo visto che allora un'eredità può dirsi giacente, quando tutti gli eredi noti abbiano rinunciato. Ora nel caso supposto un solo erede ha rinunciato, gli al-



tri no, perciò la giacenza dell' eredità non sussiste e quindi il curatore è nominato illegalmente. Supponiamo ora che questo compia degli atti d' amministrazione o di disposizione coll' autorizzazione dell' autorità giudiziaria. Quando l' erede vero reclama contro questa giacenza di eredità e dimostra che l' eredità non era giacente, in quanto esisteva egli, e non aveva rinunciato, deve o no rispettare gli atti compiuti dal curatore illegalmente nominato? I diritti che i terzi, siano conduttori o compratori hanno acquistato contrattando in buona fede ed a titolo oneroso (1) col curatore dell' eredità giacente, debbono essere rispettati oppure debbono essere posti nel nulla, come derivati da una persona che non aveva il diritto di trasmetterli?

Vi sono due opinioni: alcuni dicono che bisogna applicare il principio dell' art° 933 cod. civ. in cui è disposto che quando l' erede apparente compie degli atti con terzi, a titolo oneroso, ed i terzi siano in buona fede ossia ignorino che quella persona sia un falso erede, gli atti compiuti con l' erede apparente debbono essere rispettati. Altri dicono di no; la disposizione dell' art° 933 è eccezionale, perché contrasta al principio generale per cui chi non ha un diritto non può trasmetterlo in altri; quindi non può applicarsi che nel caso tassativamente

(1) Diciamo a titolo oneroso, perché non è probabile che il curatore compia atti a titolo gratuito, con le debite autorizzazioni.



te indicato dal codice. Noi diremo che hanno ragione gli autori che seguono la prima opinione, però la motivazione ci sembra erronea. Non si deve dire che l'art° 933 si può estendere al caso analogo del curatore illegale, giacché l'analogia non è permessa nelle disposizioni eccezionali. Ed in ciò hanno ragione i seguaci della seconda opinione. Noi crediamo invece che il caso in questione non è analogo, ma identico a quello dell'erede apparente. Perchè l'illegale curatore dell'eredità giacente chi rappresenta? Rappresenta un erede immaginario, un erede falso, uno che non ha diritto. Ora se tutto ciò che si applica al rappresentante si deve estendere al rappresentato, se gli atti compiuti col rappresentante hanno la stessa efficacia che se fossero compiuti col rappresentato; ne segue evidentemente, che alla stessa guisa che sarebbero salvi i diritti acquistati dai terzi contraenti con l'erede falso, così anche dovranno essere salvi i diritti acquistati dai terzi, che han contrattato non con un erede falso, ma col suo rappresentante qual'è un illegale curatore. Ecco come l'art° 933 si applica benissimo in questo caso senza spostare i termini della legge: tanto vale contrattare coll'erede apparente, quanto vale contrattare col rappresentante dell'erede apparente. Ora il curatore illegale è rappresentante di un erede apparente, inquantochè la giacente dell'eredità non poteva aver luogo perchè



c'era il vero erede, del resto si potrebbe venire  
allo stesso risultato anche per un'altra via, fatta la  
nomina del curatore dal Pretore, e pubblicata nelle  
debite forme, si ha una rappresentanza istituita  
per legge e per decreto di magistrato che non può  
cessare se non venga revocata in virtù di senten-  
za che dichiara la mancanza dei presupposti lega-  
li per la costituzione di tale rappresentanza. Ora  
è principio generale del diritto che gli atti com-  
piuti in buona fede dai terzi col rappresentante  
che ha cessato di esser tale, quando egli ignori  
la causa di tale cessazione (arg. art. 1762).

---



## Lezione XVII<sup>a</sup>

### Sommario

Effetti dell'acquisto dell'eredità A) Rispetto al l'erede stesso. Diritti che non si trasmettono. Diritti pubblici. Titoli onorifici e diritto di patronato. Diritti e azioni di stato. Usufrutto, uso; diritti agli alimenti. Diritti derivanti dal mandato e dalla società. Actiones vindictarum spirantes. Diritti condizionali derivanti da testamento.

Oggi dobbiamo incominciare a discorrere degli effetti dell'acquisto dell'eredità

Quest'argomento si divide in tre parti: 1<sup>o</sup>) Effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto allo stesso erede; 2<sup>o</sup>) Effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto ai terzi: cioè diritti dell'erede verso i terzi, ed obblighi dell'erede verso i terzi; 3<sup>o</sup>) Effetti dell'acquisto dell'eredità nei rapporti tra i vari coeredi.

Incominciamo a parlare degli effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto all'erede stesso, rispetto cioè alla condizione che viene ad avere l'erede dopo avere con l'accettazione acquistata l'eredità.

Gli effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto all'erede stesso si possono riassumere in una breve proposizione: l'erede sotentra in tutti



i rapporti patrimoniali appartenenti al defunto, quindi diventa titolare di tutti i diritti e soggetto passivo di tutte le obbligazioni che il defunto aveva. Però questo concetto espresso in modo sintetico, bisogna analizzarlo. Ma per fare l'analisi certo non occorrerà enumerare uno per uno i possibili diritti che l'erede acquista, né una per una le obbligazioni varie in cui l'erede incorre. Sarà invece molto più opportuno indicare l'eccetto, in a questo principio.

Quali diritti non si trasmettono all'erede? Tutti i diritti pubblici; i diritti che derivano dal *jus publicum* non fanno parte dell'eredità. Quindi sebbene anche in diritto pubblico si parli talvolta di successione, pure non è la successione ereditaria di cui ci occupiamo; è successione in senso lato, cioè il sottrarre di un soggetto ad un altro soggetto in una determinata condizione giuridica, ma non è successione ereditaria. Così vediamo il nostro Statuto detto che la monarchia è ereditaria; ma si trasmette forse il diritto di essere sovrano, secondo le regole del codice civile? Il diritto d'essere si può considerare come contenuto dell'eredità? No, sarebbe un grossolano errore creder questo, perché il re può benissimo non istituire erede suo figlio primogenito, perché il re non è obbligato ad osservare le disposizioni del codice civile in materia di suc-



cessione (1) e quindi non è obbligato a lasciare la legittima ai discendenti. Posto che il re diseredasse il figlio primogenito, significa che perciò questi non avrebbe diritto di succedere al trono? Tale sarebbe la necessaria conseguenza della diseredazione qualora il diritto di sovranità fosse compreso nel patrimonio ereditario. Ma ciò non è perché il diritto al trono passa da primogenito in primogenito, prescindendo dalla qualità di erede del defunto. Dunque è evidente che la successione di cui qui si parla, è una successione di tutt'altra specie. Come diritto di sovranità non si può considerare parte del compendio ereditario, così non si possono considerare tutti gli altri diritti pubblici in generale, tutte le cariche pubbliche le quali costituiscono dei diritti intrasmissibili per se stessi.

Ma... un prevalente carattere pubblico anche altri diritti che sotto un certo punto di vista, si potrebbero considerare come privati, e questi sono i titoli onorifici o nobiliari, come per esempio i titoli di conte, duca, marchese, principe, ecc. Questi diritti si trasmettono; però si trasmettono secondo le regole del codice civile? Secondo le regole del codice civile si dovrebbero trasmettere se fossero diritti contenuti nella proprietà, in quanto che la eredità essendo un

(1) Art. 20 dello Statuto



inversum ius, come si trasmettono gli altri diritti si dovrebbero trasmettere i titoli onorifici. Invece nei titoli onorifici è prevalente il carattere di diritto pubblico, perchè essi si considerano come concessioni del potere sovrano; infatti il nostro Statuto stesso nell'art. 70 considera i titoli onorifici come concessioni del re. Dunque non essendo diritti di carattere meramente privato, ma avendo un carattere prevalentemente pubblico, essi non possono considerarsi come facenti parte della *haereditas*, e la loro trasmissione è regolata da regole diverse da quelle del codice civile. E questo, notate, è pacifico nella giurisprudenza, la quale ritiene senza alcuna esitazione, che i titoli nobiliari si trasmettono da una persona all'altra, non secondo le regole del codice civile, ma secondo norme speciali. Abbiamo dei casi in cui i titoli nobiliari si trasmettono per fidecommesso da primogenito a primogenito, da linea maschile a linea maschile o altrimenti secondo i vari casi. È forse erranca questa giurisprudenza? No, non è erronea in base ai principii generali, perchè essendo i titoli nobiliari dei diritti pubblici, non possono considerarsi come formanti parte dell'*haereditas*, la quale ha carattere di diritto privato. In secondo luogo ci sono disposizioni speciali di legge (1) che autorizzano la giurisprudenza a pensare in tal modo. Il decreto del

1) Cf. art. 79 dello Statuto; art. 3 della legge 2 Agosto 1806 che aboliva la feudalità nel napoleonismo e art. 7 del Capitolo I della legge 1812 per la Sicilia.



15 Luglio 1896, approvando il regolamento della Consulta araldica (1) dispone che i titoli nobiliari antichi debbano seguire nella trasmissione le regole stabilite nelle concessioni speciali o le leggi che vigevano al tempo della concessione. Quindi per vedere come si trasmettono i titoli nobiliari, bisogna fare uno studio storico caso per caso. Anzi tutto bisogna vedere le speciali concessioni; se nelle concessioni furono stabiliti i successori, quelli cioè che potevano portare i titoli in caso di morte del primo concessionario, allora i titoli si trasmetteranno alle persone ivi indicate: nel caso che la concessione non dia nulla, allora bisogna vedere quale era la legge vigente al tempo della concessione in quel determinato luogo ove la concessione avvenne. Così nella Sicilia vi saranno delle regole speciali e diverse da quelle che vi sono nel Lombardo Veneto per es. e via dicendo. Ecco dunque come non si possono applicare in mancanza di speciali norme le disposizioni generali del codice civile perché queste non riguardano quella materia, che si è di diritto pubblico, ma riguardano le materie di diritto privato soltanto, senza che così vi sia contraddizione tra la successione speciale per i titoli suoi qui regolata da norme sue proprie e la successione di diritto civile.

Quindi la conseguenza è che non può essere erede di tutto il patrimonio di un signore titolato e può non ave-

(1) Come è noto vi è un registro in cui sono annotati i titoli nobiliari ed è tenuto dalla Consulta araldica. Questa però ha una funzione amministrativa soltanto per dare pareri ed avvisi al Reo ma sull'appartenenza o meno di un titolo nobiliare sono competenti a giudicare solo i tribunali civili.



ne il diritto a portare il titolo, perchè per speciali circostanze esso potrà spettare a persona nella quale non vi sia la qualità d'erede. Molte volte ancora l'erede può essere il successore pure nel titolo nobiliare, ma ciò avviene non perchè è erede, ma per circostanze di fatto che fanno riunire nella stessa persona le due qualità: ma il titolo nobiliare per se stesso non fa parte dell'eredità.

È come per i titoli nobiliari, così bisogna dire anche del diritto di patronato di cui parla la legge canonica. Sapete che il diritto canonico, ammette un diritto speciale, il diritto di patronato, il quale importa partecipazione alla giurisdizione ecclesiastica in favore di persona che per se stessa non avrebbe tale giurisdizione, in quanto consiste nel diritto di nominare e presentare l'ufficiale ecclesiastico. Ora questo diritto, evidentemente è un diritto pubblico ecclesiastico subiettivo, in quantochè ha per suo presupposto, non già le norme di diritto privato, ma una concessione fatta dall'autorità ecclesiastica; ed importando partecipazione al potere pubblico ecclesiastico; e non è punto un diritto privato. Non essendo un diritto privato, è evidente la conseguenza che non può essere regolato nella trasmissione dai principi del codice civile, non fa parte della *hereditas*. Perciò la giurisprudenza ha ritenuto che, come i titoli nobiliari debbono seguire le regole delle concessioni od in mancanza le regole di legge vigente al tempo della concessione, lo stesso deve dirsi per il diritto di patronato; cioè il diritto di patronato non si trasmette come tutti gli altri diritti secondo il codice civile, ma secondo le concessioni speciali o secondo i



principi generali del diritto canonico. Questa giurisprudenza è pacifica; è combattuta solo dal prof. Scaduto, il quale parte dal concetto falso, che così il diritto di patronato, come i titoli onorifici, debbono essere considerati come formanti parte del patrimonio ereditario, e debbono seguire perciò le regole della successione stabilite nel codice civile.

Dal contenuto dell' *haereditas* vengono esclusi altri diritti che per se stessi non sarebbero pubblici ma privati. I diritti di stato, i diritti di famiglia, non si trasmettono. I rapporti di marito e moglie, padre e figli sono rapporti personali che presuppongono l'esistenza di determinate persone fisiche e quindi sono intrasmissibili, come intrasmissibili sono le azioni di stato nonostante che possano produrre efficacia patrimoniale. Quali sono le azioni di stato? Sono tutte quelle azioni che tendono ad impugnare un matrimonio, o che riguardano la filiazione legittima (come quelle che consistono in reclamo di stato di figlio legittimo, o in contestazione di stato di figlio legittimo); o la filiazione naturale, (come ricerca della paternità o maternità, e impugnativa di un riconoscimento già compiuto). Ora queste azioni si trasmettono o no agli eredi? Ordinariamente la legge enumera le persone che hanno diritto di sperimentare queste azioni. Qualche volta in questa enumerazione sono indicate non solo le persone principalmente interessate, ma anche gli interessati in sottordine, come avviene quando il matrimonio è affetto di nullità che la legge dichiara assoluta, perchè la legge dispone che non solo possono impugnarlo gli sposi, gli ascendenti, il pub-



blico Ministero, ma chiunque abbia interesse legittimo ed attuale. Ora in questa categoria di persone che hanno interesse legittimo ed attuale si comprendono senza dubbio gli eredi; ma gli eredi in questi casi esercitano la azione di stato *jure proprio*, non *jure transmissio*. Dunque qui non abbiamo trasmissione, ma abbiamo esercizio dell'azione di stato per diritto proprio. Vi sono altri casi in cui non si concepisce così largamente l'esercizio dell'azione, il quale invece è limitato a certe determinate persone, o che si tratti di azione riguardante il matrimonio, o di azione riguardante la filiazione. Nasce allora la questione: queste azioni si trasmettono o no colla eredità? Se le azioni di stato avessero soltanto lo scopo di impugnare o dichiarare lo stato di una persona, senza derivarne conseguenze patrimoniali, la risposta sarebbe facile nel senso che esse non sarebbero trasmissibili, essendo d'interesse meramente personale. Invece dallo esercizio di un'azione di stato possono derivare e derivano importantissimi effetti patrimoniali, ed è perciò che si fa la questione. La quale è stata risolta variamente dagli autori. Alcuni hanno sostenuto la assoluta intrasmissibilità; altri la assoluta trasmissibilità, altri hanno seguito una via intermedia ed hanno detto: se le azioni di stato, che la legge dichiara non potersi esercitare che da determinate persone, sono state da queste promosse, prima della morte esse si trasmettono: ma se durante la vita di colui che aveva diritto di sperimentarle non s'è iniziato giudizio, allora non si trasmettono. Ora l'opinione di quelli che dicono che queste azioni si trasmettono sempre è erronea; perchè è vero che le azioni di stato possono produrre effetti patri-



moniali, ma lo scopo principale è uno scopo d'interesse morale, d'interesse personale, che quindi suppone la esistenza di quelle persone che la legge dichiara principalmente interessate. Invece l'opinione che ha avuto ed ha ancora maggior credito, è l'intermedia, che cioè le azioni di stato in mancanza di disposizioni speciali di legge si trasmettono agli eredi solo se sono state promosse durante la vita di chi ne aveva diritto, e ciò in base al famoso principio del Diritto romano, che le azioni le quali per se stesse dovrebbero estinguersi colla morte di una persona, introdotte in giudizio, si trasmettono. «*Actiones quae morte vel tempore pereunt, semel inclusae in iudicio, salvae permanent*» Ora noi non possiamo accogliere questa opinione perchè nel Diritto nostro è priva del fondamento che ha nel Diritto romano. Il principio romano testè enunciato era corollario di un altro principio che cioè colla contestazione della lite avvenisse una novazione onde l'azione che in origine aveva carattere personale, dopo la contestazione perdeva questo carattere, e quindi diventava trasmissibile come tutte le azioni in genere. Sicchè se il principio romano era una conseguenza del sistema procedurale, per ammetterlo anche oggi si dovrebbe dimostrare che esso trova lo stesso fondamento nella legge nostra. Ora questo appunto manca, perchè per il diritto nostro la contestazione della lite non importa alcuna novazione, quindi le azioni anche dopo iniziato il giudizio rimangono quali erano in origine. Ciò posto, se le azioni di stato per se stesse sono tali che non si possono evitare, che da certe persone, ancorchè da queste persone siano state promosse durante la loro vita, restano sempre personali, e quindi intransmissibili, per



che l'introduzione del giudizio non ha nessuna efficacia novativa. Vi sono dei casi in cui la legge stessa ha dichiarato che le azioni di stato si trasmettono agli eredi; ma queste stesse disposizioni appunto perché relative a certi determinati casi si fanno apparire chiaramente come trattasi d'eccezioni; perché se si trattasse di principio generale, non vi sarebbe stato bisogno di dichiarazione espressa per alcuni casi singoli soltanto, e per altri no. Uno di questi casi è contemplato nell'art. 167 C.C. Dal quale si vede però come non sia stato adottato il principio romano in tutto il suo rigore, perché non solo si trasmette l'azione di disconoscimento del figlio agli eredi, quando il giudizio è stato già iniziato dal padre, ma anche quando il padre sia morto in un certo tempo senza avere promossa l'azione. Un altro caso è quello contemplato dall'art. 178: non solo quando l'azione di reclamo di stato fu promossa dal figlio, può essere continuata dagli eredi; ma anche quando non fu addirittura promossa, perché il figlio morì prima di un certo tempo, il giudizio può essere iniziato dagli eredi. In base a considerazioni speciali la legge ha voluto fare eccezione al principio generale della intrasmissibilità in questi casi eccezionali. Perciò il principio romano non essendo fondato su ragioni d'ordine generale nel sistema del Diritto nostro, né essendo stato riprodotto come regola dalla legge nostra, non può applicarsi nei casi in cui la legge tace. Anche quando gli eredi abbiano interesse patrimoniale a sperimentare un'azione di stato, non possono farlo se la legge espressamente non li abilita; nel patrimonio da loro ereditato per successione non si contiene il diritto d'esperimentare l'azione di stato.



Oltre le azioni di stato che sono intrasmissibili per loro natura, in quanto sono azioni eminentemente personali, ci sono alcuni diritti patrimoniali che come tali si potrebbero trasmettere, ma che non si trasmettano per ragioni particolari. Vale il diritto di usufrutto. La intrasmissibilità dell'usufrutto non è limitata al caso in cui l'usufrutto è stabilito per la vita di una persona, il che si capisce facilmente da sé, ma ancora quando siasi stabilito un termine, e prima di questo l'usufruttuario muoia. Supponiamo il caso che io abbia concesso ad una persona qualsiasi l'usufrutto per 50 anni ed abbia anche ricevuto un corrispettivo adeguato al godimento per 50 anni. Se l'usufruttuario muore, che un anno dopo la concessione dell'usufrutto, questo non si trasmette agli eredi. Perciò la costituzione d'usufrutto anche onerosa ha sempre carattere aleatorio; talché quando si fanno simili contratti a titolo oneroso, sia pur per un tempo certo e determinato, bisogna sempre tenere conto della probabilità di vita della persona che deve godere l'usufrutto, per determinare il corrispettivo, altrimenti l'usufruttuario potrebbe compiere un cattivo affare. La ragione poi dell'intrasmissibilità dell'usufrutto è principalmente storica. Pare che nell'antico Diritto romano lo usufrutto fosse sorto come modo di somministrare gli alimenti ad una determinata persona. Siccome gli alimenti per loro natura hanno carattere personale perché sono proporzionati ai bisogni di un determinato individuo, così non si può concepire la possibilità di trasmissione del diritto agli alimenti, e quindi per la stessa ragione non si



ammessa la possibilità di trasmissione del diritto d'usufrutto. Questo concetto è rimasto per la forza della tradizione nelle legislazioni attuali.

Come l'usufrutto così l'uso e l'abitazione che sono diritti reali patrimoniali non si trasmettono agli eredi. Anche il diritto agli alimenti come si può capire facilmente è per sua natura intrasmissibile. Se alcuno ha diritto agli alimenti per legge, per convenzione, per sentenza verso un'altra persona, morto ch'egli sia, non trasmette questo diritto agli eredi. Invero, il diritto agli alimenti è commisurato ai bisogni di una persona, e siccome i bisogni variano da individuo a individuo, il diritto agli alimenti non può trasmettersi senza alterarsi. Ancora, notate, le servitù prediali che per se stesse sono trasmissibili, perchè perpetue, possono diventare intrasmissibili se tale fu la volontà delle parti. Nel Diritto romano ciò non era possibile, ma secondo il diritto odierno la servitù è solo naturalmente perpetua, onde se si è convenuta una servitù prediale temporanea o limitata alla vita d'un proprietario il patto sarà valido.

Altri diritti che non si trasmettono derivano dalla speciale natura del contratto da cui discendono. Tale è il diritto del mandante all'esecuzione del mandato. Quando s'è concluso un contratto di mandato, il mandato ha il diritto di vedere eseguito il mandato con diligenza di buon padre



di famiglia. Ma se il mandante sia morto; il mandato continuerà a sussistere in favore degli eredi del mandante? No; uno dei casi in cui s'estingue il mandato, previsto dalla legge è appunto la morte del mandante (art° 1757). Perciò il diritto del mandante di vedere eseguito il mandato non si trasmette agli eredi. Così avviene ancora per il contratto di società. Se muore un socio, gli eredi del socio, non hanno diritto di continuare la società cogli altri soci: la morte del socio è un modo di scioglimento della società, tranne che si sia il patto di continuare la società agli eredi dei soci (art° 1732 C.C.). E ciò, perché tanto il mandato che la società sono contratti conclusi *intuitu personae*, che hanno per base un rapporto di fiducia, e quindi carattere personale; morta la persona in riguardo alla quale è stato assunto il mandato, costituisce la società, gli eredi non hanno diritto a continuare il mandato o la società.

Un'altra categoria di diritti che non si trasmettono, molto ampia nel Diritto romano, oggi limitata ad un solo caso, è costituita dalle *actiones vindictam spirantes*. Nel Diritto romano oltre le azioni che avevano per iscopo il conseguimento d'un diritto patrimoniale e quindi trasmissibili agli eredi, vi erano le azioni *vindictam spirantes*, il cui risultato pratico era il conseguimento di una somma di denaro, ma lo scopo era la riparazione di un'offesa.



Perciò i romani tenendo conto dello scopo di queste azioni, le dichiararono intrasmissibili, sicchè se la persona che aveva ricevuto l'offesa non avesse creduto d'intentare l'azione, non potevano intentarla gli eredi. Di queste azioni un solo caso è rimasto nel diritto nostro: e questo è il caso di revoca di donazione per ingratitudine. Per principio generale la donazione è irrevocabile; ma vi sono due casi in cui può revocarsi: la sopravvenienza di figli e per ingratitudine che s'avvera quando il donatario commette certi atti determinati dalla legge, che sono ingiuria, offesa grave per il donante. Quest'azione nel Diritto romano era una delle azioni *vindictam spirantes*, ed aveva per scopo di punire il donatario e quindi soltanto l'offeso poteva esercitarla, non già i suoi eredi. Tale principio è stato accolto sebbene in parte nel diritto nostro come si può vedere dall'art. 1082, che fa eccezione alla regola dell'intrasmissibilità, solo nel caso che l'azione sia stata promossa dallo stesso donante, o egli sia morto dentro l'anno del fatto che dà diritto alla revoca. Mentre il donante può agire entro l'anno dal fatto o dal giorno in cui ha potuto averne notizia, gli eredi non possono agire che entro l'anno dal fatto. Come si vede quindi la trasmissibilità dell'azione viene notevolmente limitata anche dal lato attivo.

Fuor di questo caso non si può nel nostro diritto parlare d'intrasmissibilità di azioni *vindictam*



*spirantes*. Il Cod. penale nell' art. 400 dice espressamente che possono querelarsi e chiedere pertanto il risarcimento dei danni nei casi d' ingiuria e di diffamazione gli eredi immediati del defunto, oltre i parenti, se la parte offesa muoia prima di aver dato querela (1)

Oltre, questi diritti patrimoniali n'è un' altra categoria di diritti che in certi casi si trasmettono, in certi altri no; si trasmettono se derivano da atti *tra vivos*, non si trasmettono quando derivano da atti *causa mortis*: questi sono i diritti *condizionali*. Un diritto sottoposto a condizione non è un diritto *acquisto*; nè d' altra parte si può dire una semplice *speranza*; è un diritto *in sospeso*. Ora i diritti *condizionali* si trasmettono se hanno per causa un atto *tra vivos*. Io una donazione a *tertio*, *si navis ex Asia venerit*; il donatario muore prima che la nave venga dall' Asia; ma dopo la sua morte la nave viene, ossia si verifica la condizione. Gli eredi del donatario hanno diritto ad avere i beni donati? Sì, inquantochè il diritto che apparteneva al loro autore, sebbene *condizionale*, era un diritto entrato a far parte del patrimonio. Succede se istituisco erede o legatario *tertio*, sotto la condizione *si navis ex Asia venerit*, e questi muoia prima che s' avveri la condizione *suspensiva* agli eredi di lui non passa il diritto d' accettare l' eredità o il legato, ancorchè la condizione s' avveri. Due

(1) Anche più generale al riguardo è la disposizione del nuovo Codice di Proc. Penale, art. 7



sto risulta dall'art° 1170, che parla di diritti condizionali derivanti da atti tra vivi, e dall'art° 853 in cui parla di disposizione testamentaria sotto condizione. Quale è la ragione di questa differenza? Per molti autori la ragione della differenza è questa che nel testamento si ha riguardo a una data persona, in cui favore è la liberalità; onde, se la condizione si avverasse dopo la sua morte, far trasmettere il diritto all'erede varrebbe violare la volontà del testatore che non volle beneficiare se non una data persona esclusivamente. Il ragionamento però non regge. Se la legge avesse adottato il principio della trasmissibilità dei diritti condizionali solo per gli atti a titolo oneroso, e della intransmissibilità degli stessi diritti per atti a titolo gratuito, donazione o testamento, la ragione addotta sarebbe più che sufficiente, inattaccabile. Ma, siccome applicandosi l'art° 1170 non solo i diritti condizionali derivanti da atti a titolo oneroso, ma anche i diritti condizionali derivanti da atti a titolo gratuito, quale la donazione, si trasmettono agli eredi, evidentemente quella ragione non soddisfa perché l'*intuitus personae* come c'è nel testamento, c'è anche nella donazione. Quale è dunque la vera ragione? È ragione del tutto storica, non già d'ordine razionale. So riferirò ciò che dice il Fadda, a proposito del Diritto romano, in cui si incontra la stessa contraddizione. Nel Diritto romano l'eredità deferita e non accettata non si poteva trasmettere agli eredi, onde a tanto maggior ragione non si poteva trasmettere l'eredità sottoposta a condizione. Il diritto



d' accettare l' eredità essendo un diritto personale non poteva venire esercitato se non da chi era chiamato all' eredità. Onde se questi non l' avesse esercitato, o non l' avesse potuto esercitare per la pendenza della condizione, nulla gli eredi trovavano nel patrimonio del defunto rispetto all' eredità da costui non accettata, o non potuta accettare. Ciò si comprende senza alcuna difficoltà riguardo all' istituzione d' erede. Ma rimane sempre la difficoltà rispetto al legato: però anche per questo la difficoltà sparisce, se si pensi che il Diritto romano estese, per quanto fu possibile, le norme concernenti l' eredità ai legati: quindi l' impossibilità di accettare un' eredità devoluta al defunto sotto condizione fu ritenuta anche pel legato condizionale. Però, questa spiegazione che ha valore per il diritto romano, non vale punto per il diritto nostro, perchè da questo è stato rimosso l' ostacolo che impediva la trasmissione dell' eredità sotto condizione. Dal momento che il diritto nostro ha una regola diametralmente contraria a quella romana; cioè che l' eredità non ancora accettata può trasmettersi agli eredi, logicamente derivava la conseguenza che anche l' eredità sottoposta a condizione si potesse trasmettere. Perchè che cosa è l' eredità non ancora accettata? L' eredità devoluta e non accettata è anch' essa affetta da una condizione legale, cioè che venga accettata. Se non ostante l' esistenza di questa *conditio iuris*, l' eredità si trasmette agli eredi dell' erede, lo stesso dovrebbe verificarsi quando v' è una *conditio hominis*. A tanto maggior ragione poi si dove



va ammettere la trasmissibilità dei legati sottoposti a con-  
dizione.

Dalle cose dette segue che la regola che i diritti con-  
dizionali derivanti da testamento non si trasmettono  
agli eredi, non è una regola di ordine assoluto, di ca=  
rattere coattivo. Data la mancanza di fondamento ra=  
zionale, data la disarmonia col sistema generale, pos=  
siamo ritenere ch'essa sia una regola la quale  
abbia efficacia solo in mancanza di contraria volun=  
tà delle parti. Benissimo il testatore può istituire al=  
cuno nel testamento sotto condizione, e manifesta=  
re la volontà che ove si verifica la condizione i di=  
ritti si trasmettano agli eredi del beneficiato.

---



## Lezione XVIII<sup>a</sup>

### Sommario

Continuazione: diritti che non si trasmettono agli eredi. Diritto di sepolcro. Diritti che non sono ereditari, sebbene presuppongano la morte di una persona. = Obbligazioni che non si trasmettono agli eredi. = La confusione dei patrimoni: con sequenze. Eccezione: Beneficio d'inventario.

Fin' ora abbiamo parlato dei diritti patrimoniali che pur essendo tali non si trasmettono agli eredi. Però vi sono alcuni autori, come il Fadda, che dicono che vi ha invece certi casi in cui si trasmettono agli eredi diritti d'indole non patrimoniale. Tali sarebbero i *jura sepulcrorum*, che per Diritto romano pur non essendo diritti patrimoniali si trasmetteranno agli eredi. E ciò esatto. Non possiamo fare un esame approfondito dell'argomento: faremo soltanto un accenno.

Il diritto di essere seppellito in un luogo distinto, non si può dire diritto patrimoniale, è diritto di natura personale, sebbene abbia effetti indirettamente patrimoniali. Ma è un diritto trasmissibile per se stesso agli eredi? Se consultiamo le fonti romane e osserviamo ciò che avviene nella pratica della vita, troviamo che il diritto ad essere seppellito in un dato sepolcro o in un dato luogo non è per se stesso



trasmissibile agli eredi. Infatti basta ricordare che vi sono sepolcri di famiglia, sepolcri gentilizi, in cui ha diritto ad essere seppellito solo chi appartiene a quella determinata famiglia, a quella determinata gens, a chi porta un determinato cognome, a chi discende dalla linea maschile soltanto o anche dalla femminile, etc; secondo la volontà del fondatore del sepolcro. Ma l'esistenza stessa di questi sepolcri destinati solo alla famiglia o alla gens, si dimostra come il diritto ad essere seppellito in un dato luogo non è ereditario perchè se fosse tale non si potrebbe trasmettere a tutti i parenti, a coloro che portano un determinato cognome, ma solo a chi ha la qualità d'erede secondo le regole di Diritto civile. Il Fadda però dice: oltre i sepolcri di famiglia, ci sono quelli costrutti per sé e gli eredi. In questo caso abbiamo trasmissione ereditaria del diritto di sepolcro, sebbene esso non sia patri-moniales. A quest'osservazione si può rispondere che anche nel caso in cui il sepolcro sia ereditario, il diritto dell'erede d'essere seppellito in esso, non è un diritto veramente trasmesso; non è lo stesso diritto del defunto che trapassa all'erede; perchè se fosse lo stesso diritto del defunto, l'erede avrebbe un potere uguale a quello del defunto per estensione e per contenuto. Succede tanto i testi romani che la giurisprudenza nostra hanno ritenuto che gli eredi hanno il diritto di essere seppelliti in un determinato sepolcro, perchè così volle il fondatore, ma non hanno



il potere di trasferire in altri il proprio diritto, non possono fare seppellire in quel sepolcro i propri parenti, gli affini, quelli che hanno lo stesso cognome mentre questo diritto l'aveva il fondatore del sepolcro. È chiaro perciò che non è un diritto che si trasmette dal defunto all'erede, ma l'erede in tanto l'ha, in quanto fu chiamato nella primitiva fondazione. Questo diritto deriva piuttosto da atto tra vivi, anziché da atto mortis causa; la qualità di erede costituisce solo la determinazione delle persone che hanno diritto ad essere seppellite in quel luogo, non è causa di acquisto del diritto stesso. Ecco come i jura sepulcrorum, che sono diritti non patrimoniali, non si può dire che costituiscono eccezione alla regola generale; avviene per i diritti di sepolcro quello che per i titoli onorifici per il diritto di patronato. Anche i titoli onorifici, il diritto di patronato possono appartenere all'erede, non in forza dei principi generali della successione, in quanto non formano contenuto dell'eredità; ma in forza della primitiva concessione o delle leggi speciali che vigevano al tempo in cui tali diritti sorsero. Il maggior ragione, se non è un diritto ereditario quello di essere seppellito in un certo luogo, non è diritto dell'erede quello di decidere intorno all'inumazione o alla cremazione del cadavere del de cuius, o intorno al luogo ed al modo della sepoltura. La questione è sorta di



verse volte e tempo fa si è agitata rispetto alla salma di Felice Cavallotti, perchè si disputava tra gl'interessati se il cadavere debb' essere sepolto in un luogo o in un altro.

Si deve badare alla qualità di erede o no? Cioè, l'erede ha diritto in tale qualità a far seppellire il defunto in un modo piuttosto che in un altro, in un luogo piuttosto che in un altro? Non, il diritto di disporre del proprio corpo, della propria sepoltura, è diritto personale di ciascun uomo, e questo diritto non si trasmette all'erede. Chi dunque è che può decidere intorno alla sorte del cadavere d'un defunto? Non gli eredi; ma colui il quale sia legato da vincoli di sangue, col defunto. Se noi vediamo che in qualche caso è l'erede quello che decide intorno al modo di seppellire il defunto, questo non è un diritto ereditario, ma è un diritto proprio. Quindi trovandosi in contraddizione i parenti con gli eredi testamentari, chi dovrà avere la preferenza? Quelli legati dal vincolo del sangue; tra più persone legate col vincolo di sangue al defunto, deve avere la preferenza quello che è legato con vincolo più forte. Così han ritenuto il diritto canonico e la giurisprudenza nostra e così si risolse la famosa questione intorno alla sepoltura di una donna maritata due volte, alla quale spettava il diritto di essere seppellita nel sepolcro gentilizio



dei rispettivi mariti. Avevano diritto di far seppellire questa donna nel proprio sepolcro gentilizio gli eredi del primo marito o invece il secondo marito? La questione non potevasi decidere in base ai principî ereditarij, non si poteva dire: bisogna vedere se questa donna è erede del primo marito oppure no; ma bisognava assorgere al principio del diritto di famiglia. Siccome il secondo marito è quello che ebbe potestà sul corpo della donna dopo finito il diritto del primo marito, così egli aveva il diritto di disporre del cadavere di lei.

Un'altra questione celebre nella giurisprudenza italiana fu quella, se la donna maritata dev'essere collocata nel sepolcro del padre o nel sepolcro del marito. Anche questa controversia non si poteva decidere in base ai principî del diritto ereditario, perchè benissimo il padre poteva essere l'erede universale della figlia maritata, ed il marito non avere che la quota legittima di usufrutto che gli dà la legge e che non conferisce la qualità d'erede. Pure giustamente la Corte di Cassazione di Napoli, ritenne che il diritto di sepoltura spettasse al marito anzichè al padre; perchè per decidere intorno alla spettanza di questo diritto non bisognava guardare alla qualità d'erede, ma ai vincoli che legano il defunto col superstite. Ora questi vincoli sono più forti rispetto al marito che rispetto al padre." *Mulier relinquet*



patrem et matrem, et ad haerebit suo suo,, dice il Vangelo. Ecco come anche il diritto di sepolcro non è un diritto che si può considerare trasmissibile per eredità.

Ma se vi sono diritti patrimoniali che non si trasmettono agli eredi, vi sono però alcuni diritti che sorgono in occasione della morte di una persona e che a prima vista potrebbero ritenersi diritti ereditari, ma che pur nondimeno non sono tali. Quali sono? Addurro degli esempi: Il diritto alla pensione, il diritto ai lucri dotali, il diritto di avere da una compagnia di assicurazioni la somma assicurata dal defunto per contratto di assicurazione sulla vita. Esaminiamoli. Il diritto alla pensione nella vedova e nei figli di un impiegato dello stato, delle provincie o dei comuni, sorge alla morte dell'impiegato. Ma può dirsi essere questo un diritto ereditario? No, perché questo diritto alla pensione ha una misura diversa di quella che avrebbe avuto il defunto se avesse continuato a vivere. Inoltre questo diritto alla pensione non spetta alla moglie ed ai figli in quanto sono eredi, ma anche se non sono tali. Ecco che sebbene sia un diritto che sorge solo in occasione della morte di una persona, pure non è diritto ereditario; perché non ha per causa la morte del defunto, ma questa invece ne è soltanto l'occasione; è un diritto che deriva direttamente dalla legge e quin-



di non è un diritto ereditario, trasmesso, ma un diritto proprio della vedova o dei figli. La conseguenza importante è che se il coniuge superstite od i figli rinunziano all'eredità del defunto, la rinunzia non nuoce al diritto alla pensione perchè questo non è compreso nell'eredità.

Un altro caso è quello dei lucri dotali. Nel contratto di matrimonio si può stabilire il patto speciale che il marito debba guadagnare un tanto sullo importare della dote e viceversa che la moglie debba avere un tanto sul patrimonio del marito (art. 1398 C.C.) Questo è il patto dei lucri dotali, impropriamente detto così, perchè si direbbe meglio patto dei ~~lucri~~ <sup>lucri</sup> maritali, in quanto oggetto del patto non sono soltanto i lucri che il marito fa sulla dote della moglie, ma possono essere anche i lucri della moglie sul patrimonio del marito. Questi lucri dotali suppongono la condizione della sopravvivenza del beneficiario cioè essi si guadagnano dal marito o dalla moglie, solo ove il marito sopravviva alla moglie o viceversa. Sicchè quando avviene la morte dell'uno o dell'altro dei due coniugi si acquista il lucro dotale, che così è una donazione ante nuptias in previsione della premorienza di uno dei futuri coniugi. Apparentemente questo perciò potrebbe considerarsi come diritto successorio, perchè s'acquista alla morte di una persona; pure non è tale, in quanto la morte non fun-



sione che come condizione sospensiva e nel tempo stesso termine iniziale di acquisto; ma non è la causa dell'acquisto. La conseguenza pratica è: se il coniuge in cui favore fu stipulato il lucro dotale, rinuncia all'eredità dell'altro coniuge defunto non va perduto il lucro dotale. Tale diritto deriva non dalla successione, ma dalla convenzione matrimoniale; la morte è occasione dell'acquisto non causa.

Un altro caso più importante è quello dell'assicurazione sulla vita a favore di un terzo. Un padre di famiglia si assicura la vita e pattuisce con la compagnia di assicurazione che dopo un certo tempo, oppure alla sua morte (secondo le varie combinazioni) la compagnia pagherà la somma a un terzo, che potrebbe essere la moglie, il figlio primogenito, o i figli in generale. Questo è il contratto di assicurazione sulla vita in favore di un terzo. Quando muore l'assicurato, il terzo ha diritto di avere dalla compagnia la somma assicurata. Questo diritto è ereditario, oppure è un diritto proprio, e che deriva dal contratto stesso d'assicurazione? La questione è importantissima per sapere se la rinuncia all'eredità della persona indicata nel contratto importa perdita del diritto alla somma assicurata. Il nostro codice di commercio ha risolto la questione disponendo che in caso di morte della



persona assicurata, il terzo indicato nel contratto di assicurazione deve mettere in collazione i premi pagati dall'assicurato durante la sua vita ed è soggetto alla riduzione, se ne sia il caso (art. 453 cod. com.). Che vuol dire ciò? L'obbligo che ha il terzo di mettere in collazione, ove sia il caso, i premi pagati dall'assicurato durante la sua vita, dimostra che il diritto che egli ha alla somma assicurata è un diritto che proviene da donazione non già da successione mortis causa: solo le donazioni sono oggetto di collazione, non già i lasciti testamentari, non già ciò che proviene dalla successione mortis causa. La conseguenza è questa che se anche la persona indicata nel contratto di assicurazione sia indegna a succedere al defunto o sia rinunciante, avrà sempre il diritto alla somma assicurata, perché il diritto non deriva dalla successione, ma dal contratto stesso di assicurazione. La morte dell'assicurato costituisce solo la condizione per l'avveramento di questo diritto, non già la causa stessa. Però si fa eccezione a questo principio, quando l'assicurato nel contratto di assicurazione abbia pattuito il pagamento della somma assicurata o per sé o per i suoi eredi in generale, senza determinare la persona. In questo caso siccome la persona non è determinata, ma solo è designato la sua qualità in



tanto si avrà diritto alla somma assicurata in quanto si abbia la qualità di erede; epperò in questo caso ripeto, si può parlare d'un vero e proprio diritto ereditario. Però la giurisprudenza ha ritenuto che se colla parola eredi, l'assicurato ha inteso designare i figli, in quest'ipotesi siccome la qualità d'erede coincide con quella di figli, ancorchè costoro rimangano all'eredità, avranno diritto alla somma assicurata. In conclusione il contratto d'assicurazione, di cui facciamo cenno è un contratto a favore del terzo, e quindi importa donazione al terzo. Questi che si chiama beneficiario, acquista il diritto nel momento stesso in cui è compiuto il contratto di assicurazione; solo l'attuazione di questo diritto è sospesa durante la vita dell'assicurato: alla morte di costui il diritto viene ad acquistarsi irrevocabilmente, onde non è punto un diritto ereditario, ma un diritto contrattuale.

Così abbiamo parlato dei diritti che non si trasmettono agli eredi; parliamo ora delle obbligazioni. Le obbligazioni in generale si trasmettono tutte agli eredi; vi sono però delle eccezioni. Il Diritto faceva eccezione per le obbligazioni ex delicto. Quando alcuno commetteva un delitto o quasi delitto incorreva nell'obbligazione del risarcimento dei danni, così come avviene oggi; però quest'obbligazione per il Diritto romano non si trasmetteva agli eredi perchè nel Diritto antico si confondeva l'idea d'indennizzo





con l'idea di pena: l'indennizzo era considerato come pena la quale non era, e non è trasmissibile. Fu solo con l'andar del tempo che il diritto romano fece trasmettere agli eredi l'obbligo di pagare l'indennizzo, ma in modo limitato. L'erede doveva pagare al danneggiato non già tutta la somma occorrente al risarcimento dei danni, ma solo se e in quanto dal danno arrecato al terzo si fosse avvantaggiato, e ciò in base al principio dell'ingiusto arricchimento. Per influenza del diritto canonico, il quale parti sia concetto che l'erede dovesse espiare con suffragi e opere buone i peccati del defunto, s'introdusse il principio che anche le obbligazioni ex delicto si trasmettono all'erede; principio che fu accolto dalle legislazioni moderne in modo tale che oggi le obbligazioni ex delicto di natura meramente civile; si trasmettono. È noto però che molte volte per delitti previsti dal codice penale c'è l'obbligo di pagare una multa allo Stato. Il pagamento della multa è obbligo d'indole patrimoniale, eppure non si trasmette agli eredi; perché la multa sebbene sia una somma di denaro ed abbia carattere patrimoniale, pure è sempre una pena. Infatti nel nostro codice penale (art. 85) è detto che con la morte del condannato anche l'obbligo di pagare la multa si estingue.

Vi sono altre obbligazioni che non si trasmettono,



perchè si fondano su rapporti di fiducia; tali sono le obbligazioni derivanti da mandato, da società, da compromesso. Quando muore il mandatario gli eredi non sono obbligati a continuare il mandato (art° 1757); gli eredi dei soci non sono obbligati a continuare la società (art° 1729); gli eredi degli arbitri non sono obbligati a risolvere la controversia (art° 34 proc. civ.) Così ancora non si trasmettono gli obblighi derivanti da contratto di locazione d'opera (art° 1642); e ciò perchè l'opera da prestare presuppone un'abilità personale.

Diversamente segue per la locazione di cose. L'antico Diritto romano, secondo alcuni, faceva finire colla morte del conduttore anche la locazione di cose e forse non a torto. Ma nel diritto classico e giustinianeo il contratto non si scioglie. Così anche oggi, se muore il colono di un fondo, il contratto di locazione del fondo non finisce e l'obbligo si trasmette agli eredi ancorchè questi, essendo professionisti o industriali, non siano in grado di coltivare il fondo: così anche continua la locazione della casa, anche se gli eredi del defunto siano nell'impossibilità materiale d'abitare nella stessa casa. L'art° 1596 dice espressamente che la locazione delle cose non finisce colla morte del conduttore.

Un'altra obbligazione che non si trasmette agli eredi è quella di pagare gli alimenti. Questo



obbligazione avendo il suo fondamento in un rapporto di parentela, e perciò in un rapporto eminentemente personale, non si trasmette (art° 146). Però la legge fa eccezione riguardo ai figli adulterini od incestuosi, i quali hanno diritto agli alimenti verso il padre o la madre qualora la paternità o la maternità risulti in uno dei modi indicati dal codice civile nell'art° 193. Per principio generale quest'obbligazione non si dovrebbe trasmettere agli eredi del padre o della madre, perchè questi non sono rispetto ai figli adulterini od incestuosi nella stessa posizione del loro autore. Dacchè l'obbligazione agli alimenti è fondata sulla paternità o maternità, ne seguirebbe la sua intrasmissibilità. Perciò la legge per evitare tale inconveniente nell'art° 752 ha cura di disporre espressamente che i figli adulterini od incestuosi hanno il diritto agli alimenti anche contro gli eredi del padre o della madre. La legge ha fatto questo per considerazioni di equità, perchè i figli adulterini od incestuosi nella loro qualità di figli, avrebbero un diritto sul patrimonio ereditario. Se la legge non concede il diritto ereditario per certe considerazioni di morale più o meno dubbia, è evidente che per lo meno bisognava concedere il diritto agli alimenti che costituisce in certo modo un surrogato del diritto ereditario.

Un'altra obbligazione che non passa agli eredi



è quella dipendente dall'azione di revocazione della donazione per ingratitudine (art° 1082). L'azione di revocazione della donazione per indegnità si può sperimentare dal donante e anche dagli eredi di lui nei casi che già abbiamo ricordato, ma sempre contro il donatario. Supponiamo invece che sia morto il donatario; il donante o i suoi eredi potranno esercitare l'azione contro gli eredi del donatario? Non potremo in nessun caso, senza alcuna eccezione; perchè la revocazione per ingratitudine ha carattere penale, e la pena non può essere inflitta se non al reo. Se si potesse sperimentare l'azione contro gli eredi del donatario, si avrebbe il caso d'una pena inflitta agli innocenti. Questo è il concetto da cui è partita la legge nell'art° 1082. Alcuni, è vero, vogliono qui ricorrere a quel famoso principio combattuto nella passata lezione, dicendo che se il donante ha iniziato l'azione contro il donatario, ha diritto di continuarla contro gli eredi. Ciò non è esatto perchè quel principio non è stato accolto nel diritto nostro come abbiamo visto, e poi stando anche alla lettera della legge, bisogna concludere che non è possibile l'azione di revocazione contro gli eredi del donatario ingrato. Infatti le eccezioni alla regola dell'intrasmissibilità dell'azione riguardano "quest'ultimo caso", come s'esprime l'art° 1082, cioè il caso degli eredi del donante che agiscono contro il dona-



tario. Abbiamo visto così quali sono i rapporti che non si trasmettono agli eredi; salvo le ricordate eccezioni, l'erede prende la stessa posizione giuridica del defunto, sottentra in tutti i rapporti patrimoniali. Da questo deriva quel fenomeno che si chiama confusione di patrimoni. Dal momento che l'erede sottentra in tutti i rapporti patrimoniali del defunto non abbiamo più due patrimoni, ma un unico patrimonio; la distinzione dei patrimoni è data dalla distinzione dei soggetti di esso: in tanto il patrimonio esiste in quanto esiste la persona che ne è il soggetto. Ma se l'erede che aveva il patrimonio proprio diventa titolare del patrimonio del defunto, una duplicata di patrimoni colla unita della persona che ne è il soggetto, non è conforme alla realtà delle cose; epperò si avvera la confusione. Tutti i rapporti giuridici appartenenti al defunto si considerano come appartenenti all'erede; il patrimonio del defunto forma una sola cosa col patrimonio dell'erede. La confusione importa per necessaria conseguenza l'estinzione dei diritti che presupponevano la distinzione dei soggetti. Se l'erede aveva un diritto reale sui beni del defunto (un diritto d'usufrutto, di servitù, d'ipoteca) se l'erede aveva un diritto di credito o un debito verso il defunto; se l'erede era fidejussore del defunto ecc, questi rapporti, avvenuta la confusione, vengono ad estinguersi; perché questi rap-



porti presuppongono due soggetti distinti e in contrapposizione tra di loro. Non può nascere il diritto reale su cosa propria, non può averi un credito o un debito verso se stesso, ecc. Tutti questi rapporti che potettero sussistere fin quando si erano due persone distinte, titolari del diritto; ma venendo meno la duplicata delle persone, si estinguono necessariamente: «*res incidit in eum casum a quo incipere non poterat*». Però, notate, la confusione non è un effetto speciale, esclusivo della successione causa mortis; essa può avvenire anche per successione a titolo particolare. Suvero se io sono usufruttuario di un fondo e compro questo fondo, si viene la confusione e l'usufrutto s'estingue (art. 515), inquantochè io ch'ero semplice usufruttuario divento proprietario e perciò diventa impossibile l'usufrutto su cosa mia. Io sono proprietario d'un fondo dominante, acquisto il fondo servente; si avvera la confusione e perciò stesso la estinzione della servitù (art. 664). E così di seguito. La confusione adunque è effetto non solo della successione universale, ma si avvera in tutti i casi in cui si uniscono nella stessa persona due qualità tra loro incompatibili, di proprietario ed usufruttuario, di creditore e di debitore, di fidejussore e di creditore garantito (art. 1296, 1297).

Ma la confusione può cessare. Se cessa qual'è la sorte dei diritti che all'erede competevano sui



beni del defunto e che sono spariti per forza della confusione? Bisogna distinguere due casi: se la cessazione della confusione si verifica per causa presente e con effetto retroattivo o per causa posteriore e senza tale effetto retroattivo. Io sono erede, ho accettato e quindi è avvenuta la confusione. Dopo, la mia accettazione è annullata per errore, dolo, violenza, incapacità, per altra ragione qualunque. La confusione cessa perché non è più una sola persona soggetto di tutto il patrimonio. Ma siccome questa cessazione ha efficacia retroattiva, inquantoché l'annullamento dell'accettazione importa come se l'acquisto ereditario non fosse mai avvenuto, senza dubbio i diritti estinti per confusione risorgono tali quali erano prima. Invece se la confusione cessa per causa posteriore e quindi senz'effetto retroattivo, deve avverarsi la conseguenza contraria. Io sono erede e vendo tutto l'asse ereditario; con siffatta vendita evidentemente il patrimonio del defunto si stacca dal mio; non sono più titolare dei due patrimoni. Questa è una causa di cessazione della confusione, posteriore all'acquisto, e quindi senza effetto retroattivo, in modo tale che secondo i principii generali non può aver luogo il ripristino degli antichi diritti. Solo se la dell'asse ereditario si compie, come si usa, col patto che il compratore assuma la stessa posizione che aveva il defunto; in base a questo patto si può



ritenere che risorgano gli antichi diritti; però, come è chiaro, anche in questo caso i diritti dell'erede sui beni ereditari si ripristinerebbero solo nei rapporti tra venditore e compratore dell'eredità, non rispetto ai terzi.

Una delle conseguenze importantissime della confusione è questa che l'erede deve ritenere come sue tutte le dichiarazioni di volontà fatte dal defunto. Quindi poniamo che il defunto abbia venduto durante la sua vita una cosa dell'erede, abbia costituito in pegno una cosa dell'erede, costui, se non fosse avvenuta la confusione, avrebbe avuto il diritto di rivendicare le cose sue, di fare annullare la costituzione di pegno; ma non può fare questo dopo acquistata l'eredità perché nel tempo stesso che avrebbe questo diritto, avrebbe anche l'obbligo di garantire il compratore per evizione sofferta, di garantire il creditore pignoratizio per la perdita del pegno: onde in base alla confusione avvenuta, l'erede non può impugnare la vendita o la costituzione di pegno: vale contro di lui il principio: «quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio». Vi sono casi però in cui l'erede non ha obbligo di rispettare gli atti compiuti dal defunto; tali sono gli atti che ledono il diritto stesso ereditario, quale gli è stato attribuito dalla legge. Il defunto ha fatto delle donazioni e l'erede deve rispettarle,



ma se da queste donazioni venne lesa la sua quota di legittima; ecco che l'erede potrà far ridurre le donazioni. La confusione non si avvera, in virtù della legge stessa, quando ha luogo l'accettazione col beneficio dell'inventario. Siccome dalla confusione possono derivare degli effetti dannosi agli eredi, la legge introducendo il beneficio dell'inventario, introdusse un'eccezione al principio (art. 968 C.C.). E appunto per questa eccezione l'erede beneficiario si trova in una posizione singolare rispetto al patrimonio del defunto. Mentre l'erede puro e semplice, avvenuta la confusione, può fare del patrimonio ereditario tutto ciò che a lui piace e piace, come del proprio patrimonio; non avverandosi la confusione per opera del beneficio dello inventario l'erede beneficiario non ha rispetto al patrimonio ereditario lo stesso diritto che ha rispetto al patrimonio proprio. La legge lo considera come amministratore dell'eredità, egli non può compiere atti di alienazione senza autorizzazione giudiziale. Notate però, come dissi altra volta, che sebbene la legge rispetto al patrimonio ereditario considera l'erede come amministratore, non bisogna credere che egli sia semplice amministratore. Egli è sempre erede, e quindi proprietario, onde potrà anche compiere atti eccedenti la semplice amministrazione: la conseguenza sarà che se eccede quel limite, gli atti non sono nulli come sarebbero se fossero compiuti dal semplice amministratore; ma si avrà decadenza dal bene-



ficio dell' inventario. La legge nell' interesse dell' erede be-  
neficiario ha posto il vantaggio della distinzione dei  
patrimoni, ma a questo vantaggio ha messo un con-  
trappeso, quale è il limite di non eccedere nei pote-  
ri dell' amministrazione, altrimenti i diritti dei cre-  
ditori ereditari potrebbero essere facilmente manomessi.  
L' erede non rispettando quell' obbligo perde il diritto  
che vi è concesso, ecco tutto.

---



## LIX<sup>a</sup>

### Sommario

B) Effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto ai terzi. Diritti dell'erede. 1°) Petizione di eredità. Concetto. Chi può sperimentarla. Contro chi. Competenza. Prova. Se l'azione si estingua per prescrizione.

L'erede sottrattando nella posizione giuridica del defunto ha tutte le azioni che competevano a costui, le azioni possessorie, la revindicatoria, negatoria e le varie azioni creditorie. Ma oltre queste azioni particolari ch'egli può intentare in luogo del defunto e per diritto trasmissogli, ha un'azione che sperimenta per diritto proprio in tutela della sua qualità d'erede e che si dice azione di petizione di eredità.

Il Diritto romano regolò in tutte le sue parti quest'azione e la regola oggi il cod. civ. Germanico; ma il nostro codice non ne fa che una semplice menzione nell'art° 44, quando parla della successione dell'assente, e nell'art° 94 del codice di proc. civile, in cui determina la competenza del magistrato che deve giudicarne. Non c'è niente altro nelle nostre leggi intorno quest'azione e quindi bisogna accogliere i principj del Diritto romano in quanto sono conformi ai prin-



cipii generali del nostro codice. Che cosa è l'azione di petizione di eredità? L'azione di petizione d'eredità è un'azione di carattere universale che ha per i<sub>scopo</sub> di far riconoscere la qualità di erede nella persona a cui tale qualità è contestata e per co<sub>n</sub>seguenza di fare restituire all'erede tutto quello che altri possiede pretendendo di essere erede, oppure senza titolo qualsiasi. Anzi l'azione di petizione d'eredità ha per i<sub>scopo</sub> di tutelare non questo o quel diritto in particolare, ma la qualità d'erede, da cui dipendono poi i vari diritti particolari. Questo è lo scopo principale. Poi solo come conseguenza del riconoscimento della qualità d'erede in chi realmente l'ha, l'azione di petizione ha lo scopo di ottenere la re<sub>stituzione</sub> delle cose ereditarie da chi le possiede.

Questa azione si dice universale in due sensi. È universale nel senso che è assoluta, è un'azione esperibile erga omnes, alcuni perciò la chiamano anche reale. Noi però non la chiameremo così, perché questa denominazione potrebbe far nascere un equivoco, cioè che sia un'azione corrispondente ad un diritto reale; mentre invece noi abbiamo visto come il diritto ereditario, non è un diritto reale, perché non si può dire, come alcuni pensano che sia il diritto di proprietà sul patrimonio ereditario. In un altro senso si dice universale; nel senso che l'oggetto a cui tende non



è un diritto su questa o quella cosa, non è un diritto particolare, ma è il diritto all' *universum jus*. Quest'azione differisce dalla rivendicazione, con cui ha parecchie analogie, anzitutto perché mentre scopo dell'azione di rivendicazione è quello del riconoscimento del diritto di proprietà su una determinata cosa, invece scopo dell'azione di petizione dell'eredità è il riconoscimento non del diritto di proprietà, ma della qualità d'erede, dal quale può derivare il riconoscimento del diritto di proprietà, di usufrutto, di servitù, di un diritto di credito ecc. Differisce ancora per la prova. Quando si sperimenta l'azione di rivendicazione per riuscire vincitore bisogna provare il diritto di proprietà sulla determinata cosa di cui si pretende la restituzione; invece quando si pretende la restituzione di una cosa ereditaria coll'azione di petizione di eredità, non è necessario provare il diritto di proprietà su quella determinata cosa di cui si chiede la restituzione: basterà provare la qualità d'erede, perché provata questa, o che il defunto avesse la proprietà della cosa, o ne fosse possessore; si tratti di diritti di credito o di un diritto reale, tutto spetterà a colui che avrà dimostrato la qualità d'erede.

Ancora si distingue l'azione di petizione di eredità da un'altra azione che potrebbe sembrare analoga, cioè quella di divisione di eredità. L'a-



nione di divisione presuppone già riconosciuta la qualità d'erede in una persona. Onde, se gli altri riconoscono in me la qualità di erede, prima di potere intentare l'azione di divisione, dovrò intentare l'azione di petizione d'eredità.

Vediamo ora quali sono i requisiti dell'azione.

Prima di tutto da chi può sperimentarsi aunitut<sup>o</sup> da chi ha la qualità d'erede legittimo o testamentario; e inoltre anche dai suoi aventi causa a titolo particolare. Così, se un erede abbia venduto il suo diritto ereditario, il cessionario che pure è un successore a titolo particolare dell'erede, per far sì che la sua compra abbia efficacia pratica, può benissimo intentar l'azione che sarebbe spettata al proprio autore, cioè l'azione di petizione d'eredità. Ancora, come i compratori dell'eredità, così i creditori personali dell'erede in base all'art<sup>o</sup> 1234 in cui si dispone che i creditori possono esercitare tutte le azioni competenti al loro debitore, quando questi ne trascuri l'esercizio; possono esercitare l'azione di petizione d'eredità. Anche l'erede che abbia accettato col beneficio d'inventario può esercitare quest'azione. Veramente vi sono alcuni che hanno opposto delle difficoltà ed hanno detto: l'azione di petizione è un atto di disposizione, è un atto che pone in esercizio il diritto di proprietà. Ora se l'erede col beneficio dell'inventario non ha altro



potere che di amministrare la eredità beneficiata, e gli non può intentare azione di petizione. Questo concetto è erroneo, perchè non è esatto dire che l'erede beneficiato sia semplicemente amministratore e non abbia altro potere che di amministrare; l'erede beneficiario invece è un vero e proprio erede, quindi ne ha tutti i poteri; soltanto questi poteri sono limitati, in quanto non può compiere alienazioni dei beni ereditari senz'autorizzazione del magistrato; però anche se compie tali atti senz'autorizzazione questi non sono nulli; soltanto l'erede decade dal beneficio dell'inventario. Ora l'azione di petizione d'eredità è certamente un atto di disposizione. Ma è forse un atto di disposizione che nuoce ai creditori ai legatari e quindi deve ritenersi vietato? Certamente no, perchè è un atto che giova, anzi anche ai creditori e ai legatari, in quanto tende a reintegrare il patrimonio ereditario. Contro chi si può intentare quest'azione? Con formula generale si può dire: contro chiunque contesti direttamente od indirettamente la qualità di erede. Questa formula è troppo generale e bisogna analizzarla. Prima di tutto colui che contesta la qualità di erede è colui che si chiama erede apparente, cioè colui il quale possiede tutta l'eredità o parte di essa o alcuni beni singoli e pur non essendo erede si pretende tale. Ecco che vediamo per la prima volta spuntare la figura dell'erede apparente e a questo proposito dirò qualche cosa, perchè non si sia fin dal princi-



per confusione d'idee, talvolta i pratici ritengono per erede apparente colui che possiede i beni ereditari in buona fede e con giusto titolo, credendo di essere erede. Questo è un errore: altro è l'erede apparente in generale, ed altro è l'erede apparente di buona fede. L'erede apparente si deve equiparare ad uno che possiede senz'aver il diritto corrispondente: se il possesso sia di buona o di mala fede è cosa che si deve esaminare a parte per vedere quali effetti nascano dall'azione di petizione di eredità; ma perché si abbia l'erede apparente basta che alcuno, senza che gli spetti effettivamente, pretenda la qualità d'erede: l'erede apparente è l'erede falso. Perciò la azione di petizione si può intentare contro chiunque sia erede apparente, cioè contro quelle persone che pretendono di essere eredi, mentre non sono. Ciò può avvenire in casi svariatissimi. Così per es. alcuno è stato chiamato per testamento all'eredità; ma dopo questo testamento ce n'è stato un altro che revoca il primo. L'erede chiamato nel primo testamento si immette nel possesso delle cose ereditarie e pretende d'essere erede; costui è erede apparente. C'è un testamento affetto da errore, da violenza, da dolo. L'erede chiamato s'immette nel possesso dei beni; costui avvertito l'annullamento, è erede apparente. Una persona è inde-



qua di succedere al defunto; ciò nonostante s'immette nel possesso dei beni.

Sperimentata l'azione di dichiarazione dell'indegnità, che ha effetto retroattivo, l'indegno è erede apparente. Muore una persona, lasciando più parenti; non si sa quale sia il più prossimo, oppure si conosce il parente più prossimo, ma non si sa dove sia e se esista. L'erede più remoto si immette nel possesso dei beni ereditari. Scoperto l'erede più prossimo, il più remoto è erede apparente. I casi si possono moltiplicare a volontà. Ora contro colui che si trova nel possesso dei beni ereditari, pretendendo la qualità d'erede, abbia o no buon fondamento la sua pretesa, si può intentare l'azione di petizione d'eredità, perché è desso che principalmente viene a contestare la qualità d'erede a chi veramente l'ha. Il Diritto romano però, per maggiore facilitazione, concesse l'azione di petizione non solo contro chi fosse possessore pro haerede, ma anche contro il semplice possessore, pro possessore, ossia contro colui che possedesse i beni ereditari senza pretendere di essere erede, ma senza nemmeno potere accampare un titolo qualsiasi a giustificazione del possesso. Costui è vero non pretende d'essere erede, ma d'altra parte non sa giustificare il suo possesso, non dice: posseggo perché l'ho comprato, perché



ho avuto una donazione, posseggo per un titolo qualsiasi; ma soltanto: possideo quia possideo; e in tal guisa sebbene indirettamente viene a contestare la qualità di erede. Perciò il Diritto romano a maggiormente facilitare la condizione dell' erede vero, concesse l'azione di petizione di eredità anche contro del possessore pro possessore. E sull'autorità della legge romana, la dottrina francese e l'italiana ritengono che l'azione di petizione possa esercitarsi anche contro il semplice possessore che non sia possessore pro haerede, cioè erede apparente, ma sia un possessore che aduca nessun titolo a fondamento del suo possesso. Ancora: si può intentare l'azione di petizione non solo contro il possessore vero e proprio, nel senso tecnico, ma anche contro il possessore in un senso generico e improprio. C'è per esempio uno che dovrebbe pagare i debiti ereditari e non vuole pagare perchè crede d'essere egli l'erede. Frattanto costui non possiede niente, non ha alcuna cosa materiale, non è vero e proprio possessore. Il rigore contro costui non si potrebbe intentare azione di petizione, non essendo possessore; pure per il Diritto romano si poteva intentare, in quanto lo considero come un quasi possessore come trovandosi in uno stato di fatto tale da equipararsi al possesso.

Perciò la formula generale per comprendere questi vari casi, oltre i casi di erede apparente è che l'azione di petizione si può intentare contro chiunque



que in modo diretto o indiretto venga a contrastare in una persona la qualità d'erede.

Ma si può intentare l'azione di petizione contro il cosiddetto possessore fittizio? Qui troviamo delle divergenze tra il diritto romano e il diritto nostro. Il diritto romano diceva che si poteva esercitare l'azione di petizione anche contro colui che non fosse vero possessore, anche contro il possessore fittizio. Tale, anzitutto, era colui il quale, sapendo che un tale intentava un'azione di petizione d'eredità, fingeva di essere possessore e si presentava in giudizio per difendersi, come se fosse possessore, mentre in realtà non era. Il secondo caso di possesso fittizio è quando uno cessi dal possedere dolosamente. Mettiamo che l'azione di petizione s'intentasse contro il vero possessore, il quale visto lo atto introduttivo del giudizio, abbandoni il possesso per invalidare l'esercizio dell'azione: in punizione di questa mala fede si concesse l'azione di petizione. È possibile dire altrettanto nel diritto nostro? Alcuni, seguendo il Diritto romano dicono che è possibile intentare l'azione di petizione d'eredità contro colui che si presenta in giudizio come possessore mentre non è, oppure contro colui che essendo possessore, chiamato in giudizio, abbia cessato di possedere. Ciò è invece secondo noi impossibile, perché dal nostro codice si rileva come il concetto del possesso fittizio non è più ammesso (art. 439 C.C.) Ovvero la legge eliminato il caso del possesso fittizio per l'azione di rivendica-



zione; siccome l'azione di petizione d'eredità è analoga alla rivendicazione, ragion vuole che anche essa non possa esercitarsi contro il possessore fittizio.

Competente per sperimentare quest'azione è il magistrato del luogo dell'ultimo domicilio del defunto e la competenza varia a secondo il valore (art° 94 cod. proc. civ.)

Prova a cui deve sobbarcarsi l'attore. L'attore deve provare la sua qualità di erede, perchè l'azione di petizione, abbiamo detto, ha per scopo di far riconoscere la qualità d'erede. Che cosa deve fare per provare la qualità d'erede? Se si tratta d'erede testamentario deve provare l'esistenza del testamento, e se è un erede istituito sotto condizione sospensiva o in sostituzione di un'altra persona, deve provare l'avveramento della condizione, o che l'istituito sia premorto o non abbia accettato. Se l'erede è legittimo deve provare che egli è nel grado di parentela più prossimo al defunto. Questa prova riesce spesso difficile ed imbarazzante, perchè il nostro codice non riconosce, come il codice germanico, un documento speciale per tale prova (il certificato ereditario)

Provata la vocazione ereditaria, cioè il testamento od i rapporti di parentela, non c'è bisogno di fare alcun'altra prova; e sono in errore coloro che sostengono che bisogna provare anche l'accetto-



zione. Certamente solo con l' accettazione s' acquista definitivamente la qualità d' erede; ma il fatto stesso di agire in giudizio per petizione d' eredità è tale da importare accettazione. Sappiamo che l' accettazione può essere espressa e tacita; espressa, quando si assume la qualità o il titolo d' erede in un atto scritto; tacita, quando si compiono degli atti che presuppongono necessariamente la qualità d' erede. Ora quando s' esercita l' azione di petizione d' eredità, seppure non si voglia parlare di accettazione espressa, vi sarebbe sempre la tacita, giacché con tale atto si dimostra evidentemente l' intenzione di voler essere erede.

Non basta provare la qualità di erede, bisogna provare che il diritto ereditario è stato leso in un modo qualunque, quindi bisogna provare che un altro possiede la cosa ereditaria e la possiede, spacciandosi erede, o senza titolo alcuno. Finalmente è da indagare se quest' azione debba intentarsi in un certo tempo. Su ciò tace la legge. Molti autori dicono che l' azione di petizione si prescrive in 30 anni. Ma da qual giorno decorre il trentennio? Per alcuni dal giorno dell' apertura della successione, per altri dal giorno in cui l' erede apparente abbia cominciato a possedere: onde l' azione di petizione d' eredità sarebbe distrutta dall' usucapione del diritto di eredità. Ma è possibile nel nostro diritto l' usucapione del diritto ereditario, della qua-



lità d'erede? Ragionando sul possesso, abbiamo dimostrato che ciò è impossibile perché il diritto ereditario non è un diritto reale e tanto meno è un diritto reale su cose immobili, mentre per il nostro codice l'usucapione trentennale e decennale non ha per oggetto che il diritto reale su cose immobili. Se fosse vero ciò che il Pacifici-Marroni sostiene, che cioè sono necessari 30 anni per usucapire il diritto ereditario e quindi per respingere l'azione di petizione d'eredità, dovrebbe essere anche vero che ove l'erede apparente possessore delle cose ereditarie fosse di buona fede, basterebbe non già il decorso dei 30 anni, ma quello di 10 anni; invece lo stesso Pacifici Marroni esclude questa possibilità. Il vero è, dunque, che la prescrizione del diritto ereditario non può accamparsi, ma si può accampare soltanto l'usucapione delle singole cose ereditarie (1). Se un tale credendosi erede abbia posseduto per 30 anni o 10 anni cose ereditarie, secondo che sia in mala fede o in buona fede; egli non potrà pretendere la qualità d'erede e quindi esercitare dei diritti sulle cose non mai possedute e molto meno far valere dei crediti che non sono capaci di possesso né di usucapione, ma potrà solo pretendere di conservare le cose acquistate per usucapio.

(1) La conferma sta nell'art. 950 che ammette la facoltà della rinuncia, e fa salvi i diritti acquistati dai terzi per prescrizione sopra singoli beni, ma non parla della prescrizione acquisitiva dell'universum jus. Se se questa fosse possibile, escluderebbe la revoca della rinuncia.



ne. Qual' è la differenza pratica fra la nostra opinione e quella combattuta? Se fosse vera l'opinione contraria, ne verrebbe la conseguenza che ove l'erede apparente avesse posseduto per 30 anni cose ereditarie, non solo contro di lui non sarebbe sperimentabile l'azione di petizione di eredità, ma egli sarebbe vero e proprio erede, avrebbe il diritto di rivendicare contro i terzi le cose ereditarie, anche se non le avesse possedute; e inoltre avrebbe tutti gli obblighi dell'erede, mentre invece la qualità d'erede sarebbe irremissibilmente perduta da chi era veramente erede. Invece seguendo la nostra opinione accade diversamente: il possessore delle cose ereditarie, sia pure che abbia preteso la qualità di erede, col decorso di 30 o 10 anni, non acquista il titolo e la qualità d'erede, non acquista i diritti, né le obbligazioni connesse a tale qualità; egli avrà diritto solo sulle cose singole possedute, non già come erede, ma come un possessore legittimo che ha prescritto a proprio favore. La qualità d'erede rimane sempre al vero erede; sicché se uno dei coeredi rinuncia alla propria quota, questa non spetterà a colui che avrà usucapito i beni ereditari, ma a colui che avrà la qualità d'erede; così pure gli obblighi ereditari saranno a carico di colui che è erede e non già di chi ha usucapito i beni. E che la nostra opinione sia giusta, risulta anche da ciò, che la legge non riconosce altri eredi, se non quelli chiamati.



ti dalla legge o dal testamento; invece seguendo l'altra opinione, si verrebbe a creare una terza categoria di eredi, cioè eredi per usucapione.

Eliminata questa teoria, resta ad esaminare l'altra assai diffusa che la *petitio hereditatis* sia soggetta alla prescrizione estintiva per sola inermia dell'erede durante 30 anni dal giorno dell'aperta successione. Ora noi osserviamo che la *petitio hereditatis* è analoga alla *rei vindicatio*, e come il diritto di proprietà non si perde pel semplice non uso, con la relativa azione non si estingue per la semplice inermia del titolare, se non vi sia l'usucapione in contrario. Ora se l'erede non ha accettato, perde dopo 30 anni la facoltà di accettare, ma se egli ha entro tal termine compiuto degli atti di accettazione, ha acquistato definitivamente e irrevocabilmente la qualità di erede. Perciò non può perderla pel solo fatto che non la faccia valere contro chi usurpi tale qualità e detenga illegittimamente beni ereditari. Vale il principio: *semel heres semper heres*. Potrà perdere le singole cose, se altri le abbia usucapite, ma non la qualità di erede, che come si è veduto, non può formare materia di usucapione, e così anche dopo 30 anni potrà utilmente sperimentare l'azione di *petitio* per le cose non usucapite o incapaci di possesso come per es. i diritti di credito, se mantenuti tuttora in vita.



## Lezione XX<sup>a</sup>

### Sommario

Gli effetti della petizione d'eredità. Erede apparente di buona fede, ed erede apparente di mala fede. Effetti diversi: rispetto alla restituzione dei beni, alla restituzione dei frutti, alla responsabilità per le azioni fatte. In qual momento deve sussistere la buona fede. Diritti dell'erede apparente verso l'erede vero.

Nella passata lezione vedemmo la natura e gli estremi dell'azione di petizione d'eredità. Oggi parleremo degli effetti.

Ora gli effetti dell'azione variano secondo che l'erede apparente sia in buona o in mala fede.

La figura giuridica dell'erede apparente si delinea in due parole: è chiunque avendo o no una qualche giustificazione, figura come erede, agisce come erede.

Invece più difficile è delineare la figura dell'erede apparente di buona fede per le discordie nate nella dottrina e nella giurisprudenza a questo proposito. Basta perché l'erede apparente sia di buona fede che, egli in coscienza, ossia soggettivamente soltanto, sia convinto d'avere diritto all'eredità, ancorché non vi sia alcuna giustificazione obbiettiva di questa sua convinzione? Al



anni hanno creduto che basti la semplice credenza  
 subbiettiva, perché l'erede apparente possa essere consi-  
 derato di buona fede. Però questa opinione è giusta-  
 mente rigettata dalla maggioranza degli autori, che  
 ritengono il concetto dell'erede apparente di buona  
 fede coincidere esattamente con quello di possessore di  
 buona fede. L'erede apparente di buona fede è colui  
 che possiede le cose ereditarie in buona fede, è un  
 possessore di buona fede delle cose ereditarie, quin-  
 di lo stesso concetto che noi abbiamo del possessore  
 di buona fede si applica all'erede apparente di buo-  
 na fede. Basta guardare all'ultimo capoverso dell'art.  
 933 C.C. in cui si dice che l'erede apparente di  
 buona fede non è tenuto alla restituzione dei frut-  
 ti, se non dal giorno della domanda giudiziale, per-  
 ché ci si richiami alla mente l'art. 703, in cui  
 si parla del possessore di buona fede che è esenta-  
 to dalla restituzione dei frutti percepiti prima della  
 domanda giudiziale. Ora se identità d'effetti sup-  
 pone identità di causa, dallo stesso art. 933 possiamo  
 argomentare che il concetto di erede apparente  
 di buona fede è identico a quello del possessore  
 di buona fede. Su ciò la maggioranza degli  
 scrittori è d'accordo: soltanto fra questi stessi il  
 disaccordo nasce su un altro punto. È noto che per  
 avervi il possesso di buona fede, non basta lo stato  
 subbiettivo, la credenza d'essere proprietari mentre  
 non si è; ci vuole anche il titolo giustificativo di



questa credenza, il titolo abile a trasferire la proprietà, ma vizioso e di cui il possessore ignora i vizi. Questo titolo come dev'essere, un titolo esistente, oppure può essere un titolo putativo? Non basta per il possessore di buona fede il semplice titolo putativo, cioè la semplice credenza di avere un titolo a sussidio della sua buona fede, quando realmente questo titolo non esiste; il giusto titolo necessario per servire di base al possesso di buona fede dev'essere un titolo esistente e, notate, non solo esistente materialmente, ma esistente giuridicamente. Non basta che ci sia un atto di compra-vendita, ecc; è necessario che quest'atto abbia tutti i caratteri necessari per la sua esistenza giuridica, quindi sia un titolo che non sia nullo per difetto di forma. Una compra-vendita verbale d'immobili non è giusto titolo per il possesso di buona fede dell'immobile, perchè manca un requisito essenziale per la sua esistenza (art. 1314). Così dicasi per la donazione, che sia stata fatta mediante scrittura privata; materialmente il titolo esiste, ma non giuridicamente inquantochè la donazione fatta per scrittura privata non produce effetti giuridici, e quindi nemmeno il possesso di buona fede. Non solo il titolo che si vuole invocare a base del possesso di buona fede dev'essere titolo non vizioso nella forma essenziale ma deve avere tutti gli altri requisiti di sostanza da cui dipende l'esistenza



giuridica del titolo: il titolo affetto da mancanza assoluta di consenso non ha alcun valore giuridico, come pure se la causa manchi o sia illecita. Però, molti autori sostengono che l'esistenza giuridica del titolo è necessaria, solo quando il possessore di buona fede invochi in suo favore l'usucapione decennale. Se egli invoca il suo possesso di buona fede non già per l'usucapione decennale, ma solo per acquistare i frutti percepiti medio tempore, non occorre che il titolo sussista giuridicamente; basta la semplice credenza che il titolo esista, anche se in realtà non esista, o esista solo materialmente. Ma questa opinione se è fondata per il codice francese, non è fondata per il nostro, il quale parla di possesso di buona fede in generale prescindendo dagli effetti; sicché ogni qualvolta si vuole invocare un qualsiasi effetto del possesso di buona fede, bisogna sempre riscontrare gli effetti voluti nell'art. 701. E la più recente giurisprudenza si è pronunciata in tale senso. Applichiamo ora questi concetti all'erede apparente. Gli autori non sempre ne hanno fatta esatta applicazione. Sono stati logici quegli autori, come il Pacifici-Marroni, che hanno sostenuto l'erede apparente essere di buona fede anche manchi l'esistenza giuridica del titolo; bastare a ciò un titolo putativo, la semplice credenza d'essere erede, e di avere un qualche fondamento di



questa credenza, ancorchè il titolo effettivamente non esiste, perchè essi partono dal principio generale che l'esistenza del titolo non sia necessaria giammai per l'acquisto dei frutti. Ora se l'erede apparente invoca il possesso di buona fede non già per avvalersi dell'usucapione, ma per l'acquisto dei frutti e per tutte le altre conseguenze di cui all'art. 933, era logico ritenere, dato quel concetto, non esser necessario che il titolo sussista giuridicamente per avervi l'erede apparente di buona fede. Non sono logici però gli altri autori, che pur ritenendo come principio generale che sempre e per ogni effetto del possesso di buona fede occorra un titolo effettivamente e giuridicamente esistente e che quindi anche l'erede apparente per essere di buona fede debba avere in suo sussidio un titolo reale non già meramente putativo, hanno poi negli esempi che adducono fatta erronea applicazione di quel principio, onde praticamente sono venuti alla stessa conseguenza a cui erano giunti i seguaci dell'opinione diametralmente opposta. Ecco infatti gli esempi che essi adducono di eredi apparenti di buona fede. Hanno detto: facciamo il caso che alcuno invochi un testamento il quale è stato revocato da un testamento posteriore, ma di cui l'erede ignorava la revoca; questi se si trova nel possesso dei beni ereditari, è possessore di buona fede perchè ha in suo appoggio un



testamento (giusto titolo) e d'altra parte ignorava la revoca fatta con testamento posteriore (vizio del titolo). Altro esempio: mettiamo che alcuno invochi la legge in suo favore come titolo di successione. Un tale non sapeva che c'erano parenti di 1°, di 2°, di 3° grado, ignorava l'esistenza di parenti prossimi al defunto, e basandosi sulla legge che dice che in mancanza di parenti di 1°, 2°, 3° grado, sono chiamati i parenti di 4° grado, si è immesso nel possesso dei beni ereditari. Questo tale, sarebbe un erede apparente di buona fede perché ha un titolo la legge, e ignora il vizio del titolo, cioè l'esistenza d'un parente più prossimo. Questi esempi sono giusti o sono errati? Sono errati, se si parte dal concetto che si richiede un titolo esistente giuridicamente; mentre sarebbero esempi appropriati se si partisse dal concetto opposto che basta un titolo putativo; perché infatti negli esempi accennati si tratta di titoli meramente putativi, e non già di titoli reali, esistenti giuridicamente. Dunque, quando l'erede apparente invoca in suo favore un testamento che poi è stato revocato; si può dire che il testamento revocato sia un titolo giuridicamente esistente? Certo che no; al momento della morte del defunto non esisteva quel testamento, perché era stato revocato dall'altro; il testamento è titolo realmente e giuridicamente esistente quando può produrre la sua efficacia al tempo della morte



del defunto. Siccome per la revoca è stato distrutto, così al momento della morte del defunto era soltanto un documento materiale, non un testamento avente efficacia giuridica. Similmente quando alcuno è parente di terzo, di quarto grado, e s'innette nel possesso dei beni ereditari, credendo che non esistano gli altri chiamati dalla legge prima di lui, egli non ha in suo favore un titolo esistente giuridicamente. Certo la vocazione legittima ereditaria è per se stessa titolo di successione, ma quando vi concorrono gli estremi di legge; mentre nel caso di cui ci occupiamo, mancando gli estremi di fatto necessario per esservi la vocazione ereditaria ab intestato, la legge non è che titolo immaginario o putativo. La legge chiama i parenti di terzo grado solo quando mancano i parenti di 1° e 2° grado; la falsa credenza della mancanza di parenti di 1° e 2° grado importa soltanto che l'erede apparente invoca in suo favore un titolo putativo che non esiste giuridicamente. Ecco come applicando rigorosamente il concetto della necessità del titolo esistente giuridicamente, i casi d'erede apparente di buona fede vengono ad essere ristretti ad un numero limitatissimo. Quali sono essi? Distinguiamo le due ipotesi d'erede testamentario e d'erede legittimo. L'erede che invoca in suo favore un testamento, quando può dirsi di buona fede? Quando il testamento è giuridicamente esi-



stente al tempo della morte del testatore, ma può essere annullato per un vizio. Il testamento fatto dall'interdetto, mentre era sano di mente, nei momenti di lucido intervallo è annullabile. L'interdetto non ha capacità di testare, ancorché nel momento di testare sia *compos sui*; però questo vizio non rende inesistente il testamento, ma lo rende annullabile. L'erede chiamato dal testamento non sapeva dell'interdizione e si immette nel possesso delle cose ereditarie. Dopo, gli altri eredi impugnano questo testamento, perché fatto da incapace. In questo caso il possessore delle cose ereditarie è erede apparente di buona fede, perché ignorava l'incapacità del testatore, e s'è immesso nel possesso delle cose ereditarie in base ad un titolo non solo materialmente, ma anche giuridicamente esistente, il quale però poteva essere annullato come di fatto avvenne. Similmente si dica se il testamento sia annullabile, perché compiuto da un minore di anni 18. Un altro caso è quello del testamento viziato da errore, violenza, dolo. Il testamento così viziato è come qualsiasi altro atto, giuridicamente esistente, in quanto concorrono tutti i requisiti per l'esistenza giuridica; solo è annullabile. Ora, se alcuno si immette in buona fede nel possesso delle cose ereditarie in virtù di un testamento che dopo viene annullato per errore, violenza o dolo, evidentemente in questo caso si può dire che egli sia un erede



de apparente di buona fede, perché oltre l'ignoranza subbiettiva dei vizi del titolo può vantare in suo favore l'esistenza giuridica del testamento e non soltanto l'esistenza materiale. Ma se si tratta d'un testamento revocato da un altro posteriore, allora si ha un titolo giuridico inesistente e quindi non si può invocare la buona fede. Come pure se alcuno s'innetta in possesso di cose ereditarie invocando in suo favore una sostituzione fidecommissaria, anche s'egli ignori la nullità di tale sostituzione, perché ignorante di diritto o perché la cosa è dubbia, come sovente accade; non potrà invocare la buona fede, perché la sostituzione fidecommissaria essendo vietata da norme di ordine pubblico, non ha esistenza giuridica alcuna. Passiamo all'ipotesi che alcuno invochi il titolo della legge. Quando la legge può dirsi titolo giuridicamente esistente, ma viziato? Il prima vista pare strana la domanda, perché la legge, o c'è o non c'è, o chiama o non chiama alcuno all'eredità; pure vi possono essere dei casi in cui la legge costituisce titolo di vocazione ereditaria che è affetto da vizio.

Questi casi, secondo me, sono due, di cui uno è considerato espressamente dalla legge all'art. 43 C.C. Per il semplice fatto che il chiamato all'eredità è assente, la legge dispone che s'ottentano in suo luogo quelli che avrebbero diritto a concorrere con lui, o che avrebbero diritto a succedere invece di lui.



Supponiamo il caso che Virio chiamato all' eredità sia assente, e che quindi sottentri invece di lui, una altra persona. Un bel giorno compare Virio ed esercita l' azione di petizione d' eredità contro colui che per legge prese il suo posto, quand' egli era assente; ma, che, evidentemente, non si ha diritto. Come si può considerare tale erede apparente? Si deve considerare senza dubbio in buona fede, perché chiamato dalla legge nella previsione che l' assente fosse morto; ed infatti la legge stessa considera questo erede sottentrato all' assente come erede apparente di buona fede, in quanto gli concede tutti i vantaggi della buona fede. Qui dunque abbiamo un titolo, qual' è appunto la legge, giuridicamente esistente ma viziato; da che cosa? Viziato dalla condizione risolutiva posta dalla legge stessa; perché la legge chiama una persona a sottentrare nella quota spettante all' assente, qualora questi non si presenti più. Un altro caso non contemplato dalla legge è il seguente: La legge dice che la quota del rinunziante s' accresce ai coeredi od a coloro che avrebbero diritto a sottentrare a lui Virio chiamato all' eredità in primo luogo, rinunzia ad essa, e quindi sottentrano i parenti più prossimi. Un bel giorno la rinunzia viene annullata, perché affetta da errore, violenza o dolo; in questo caso l' erede che ha rinunziato può accettare di nuovo; ed accettando ha evidentemente il diritto di petizione d' eredità contro



lui che in base alla rinuncia s'è messo nel possesso delle cose ereditarie. Or l'erede apparente, contro cui s'intenta l'azione di petizione d'eredità è, in questo caso, di buona fede, oppure no? Evidentemente è di buona fede, perché se egli ignorava i vizi della rinuncia, ha in suo favore il titolo giuridicamente esistente, in quanto che la legge chiama alla successione colui che avrebbe diritto se il rinunciante non fosse mai esistito.

Ecco i soli casi in cui l'erede apparente può essere di buona fede; in tutti gli altri si ha l'erede apparente di mala fede. Sicché tale non è soltanto colui che possiede le cose ereditarie come un ladro qualunque, come un predone, ma anche colui che ha la coscienza netta, sicura di avere acquistato l'eredità legittimamente, ove questa coscienza non sia sussidiata da un titolo non solo materialmente, ma anche giuridicamente esistente. Questa teoria può portare a delle conseguenze ripugnanti col sentimento morale; ma il torto sarà tutt'al più della legge che ha voluto dare un concetto artificioso della buona fede, e punto conforme al concetto etico-sociale. Sarebbe stato meglio, se la buona fede si fosse considerata semplicemente come lo stato subiettivo di una persona che crede operare conformemente alla legge mentre in realtà spera difformemente. Ma dacché la legge ha aggiunto l'elemento tecnico, artificioso, qual'è quello del giu-



sto titolo, le conseguenze da accogliere son quelle al-  
le quali ho accennato ancochè esse possano ripugna-  
re al sentimento morale. Premesse tali id. genera-  
li, possiamo determinare le conseguenze dell'azione  
di petizione d'eredità. Le conseguenze, come dicevo, di-  
versificano secondo che il convenuto sia erede appa-  
rente di buona fede o di mala fede. Prima con-  
seguenza: Per principio generale il convenuto nella  
petizione d'eredità deve restituire tutte le cose che  
possiede nella qualità d'erede. Quest'obbligo della  
restituzione varia secondo che l'erede apparente sia  
di buona o di mala fede. Il codice espressamente  
a questo riguardo non dice niente, ma vi soccor-  
rono i principii generali. Principio generale è che  
quando il possessore è di buona fede, deve resti-  
tuire la cosa nello stato in cui si trova al tem-  
po della domanda giudiziale. Se durante il suo pos-  
sesso l'ha distrutto in tutto o in parte la cosa,  
o per incuria l'ha lasciato perire o deteriorare, la  
sua colpa non è causa di responsabilità; perche  
come dicevano i giureconsulti romani, non è sogget-  
to a reclami colui che trascura una cosa che pos-  
siede come proprietario (*Nulli querelae subiectus  
est qui rem quasi suam neglexit*). Se il pos-  
sessore di buona fede aveva la coscienza d'essere  
proprietario, al pari del proprietario, credette avere il  
diritto di fare della cosa ciò che gli paresse me-  
glio e quindi anche di distruggerla. Questo principio



ha trovato applicazione in casi speciali, come nel caso contemplato all'art° 1148 C.C. dove si parla della restituzione dell' indebito. Chi dunque è possessore di buona fede di una cosa, deve restituire la cosa allo stato in cui si trova; se si trovano dei frammenti deve restituire i frammenti, se si trova l'equivalente deve restituire l'equivalente, ma non è obbligato a restituire la cosa in natura, o se fu alienata a restituire il valore. Lo stesso dunque deve dirsi per l'erede apparente di buona fede. Invece il possessore di mala fede, come dice lo stesso art° 1148, deve restituire non solo le cose che realmente sussistono, ma per le cose alienate, deve restituire il valore effettivo, perchè essendo in mala fede è in colpa, non poteva considerarsi proprietario e disporre. Inoltre si risponde anche quando le cose che si debbono restituire siano perite per caso fortuito. Il principio generale è che nessuno risponde del caso fortuito, ma il possessore di mala fede deve rispondere anche di questo. Si applica l'art° 1148 C.C. da cui si ricava che chi detiene la cosa altrui in mala fede, sapendo che non si ha diritto risponde anche della perdita cagionata da caso fortuito. Va però eccettuata, argomentando dall'art° 1298 una sola ipotesi, cioè quando provi che questa cosa, ancorchè non fosse stata illegittimamente ritenuta, sarebbe ugualmente perita presso il proprietario. Perciò lo stesso principio sarà anche per l'erede apparente



di mala fede. Adduciamo qualche esempio a esemplificazione della teoria. Una casa è distrutta dal terremoto. Certamente il possessore di buona fede non deve rispondere; ma deve rispondere forse il possessore di mala fede? No, perché il terremoto è un fatto tale che avrebbe distrutto la casa anche se questa si fosse trovata presso colui che aveva diritto ad averla. Suvece se il caso fortuito è di tale natura che non avrebbe colpito la cosa se questa fosse stata posseduta dal proprietario, allora il possessore di mala fede deve rispondere del caso fortuito. Un gregge ereditario, poniamo, è perito per malattia contagiosa, comunicata dagli animali appartenenti all'erede apparente di mala fede; in questo caso egli sarà tenuto a rispondere del caso fortuito; perché se il gregge si fosse trovato in possesso dell'erede vero, non sarebbe accaduto il contagio. Ecco il concetto della legge quale deriva dall'art. 1298; che la mora è causa di responsabilità del caso fortuito. Che significa mora? Significa ritardo colpevole ad adempiere le obbligazioni. Il possessore di mala fede è perciò stesso in mora, egli non doveva mai entrare nel possesso della cosa, e se s'è entrato è in mora fin dal primo istante in cui cominciò il possesso. Ecco la prima differenza importante per gli effetti tra erede apparente di buona fede e quello di mala fede. Seconda conseguenza. Non soltanto fanno parte del



l'eredità le cose fruttifere o infruttifere, ma anche  
 i frutti naturali o civili che da esse derivano. Per  
 principio generale l'erede apparente dovrebbe restituire  
 i frutti, gl'interessi del capitale. Infatti posto il prin-  
 cipio che l'eredità sia un *universum jus*, in essa  
 si comprendono tutti i vantaggi ereditari, e perciò  
 non solo le cose capitali, ma anche i frutti, il che  
 viene espresso nella massima tradizionale «*fructus  
 augent haereditatem*». Onde, in tesi astratta, se-  
 gue che chi pretende l'eredità ha il diritto an-  
 che di pretendere i frutti. Però questo principio ha  
 ricevuto una limitazione non solo nel diritto nostro,  
 ma anche nel Diritto romano, con diverso criterio  
 però. Su questa diversità di criterio bisogna insistere  
 brevemente. Il diritto romano è partito dal criterio  
 che l'erede apparente di buona fede a differen-  
 za di quello di mala fede, dovesse restituire soltan-  
 to l'*id in quod locupletior factus est*. Da  
 questo principio introdotto dal senato consulto Giuven-  
 niano derivano delle conseguenze, alcune delle quali  
 sono più rigorose, altre più favorevoli all'erede ap-  
 parente di quelle derivanti dal diritto nostro, che  
 non segue il principio dell'arricchimento per rego-  
 lare gli obblighi dell'erede apparente di buona fe-  
 de. Infatti rispetto ai frutti il codice segue lo ste-  
 so principio ammesso rispetto al possessore di buo-  
 na fede di cose singole. Il possessore di buona  
 fede di cose singole deve restituire solo i frutti



perseveranti dopo la domanda giudiziale, mentre i frutti perseveranti prima o che essi siano stati consumati o che siano ancora esistenti, il possessore di buona fede non deve restituirli, ancorché con cumulo di tali frutti abbia formato un capitale colossale. Perciò non deve restituire nemmeno l'id in quod locupletior factus est. Lo stesso ha luogo per l'erede apparente di buona fede: questi fa suoi tutti i frutti perseverantigli prima della domanda giudiziale, cioè non solo non deve restituire i frutti dissipati, che non hanno lasciato alcuna traccia, ma non deve restituire nemmeno i frutti esistenti in natura, né deve rimborsare il valore corrispondente dei frutti che abbia capitalizzato (art. 933 C.C. ult. cap.) Così risulta grave la differenza fra il Diritto romano ed il diritto nostro. Perché il Diritto romano applicando il principio dell'arricchimento rispetto ai frutti riusciva più sfavorevole all'erede apparente di buona fede, inquantoché questi non doveva rendere conto soltanto di quei frutti che non esistevano in natura, e che aveva dissipati senza aumentare così il suo patrimonio; ma doveva restituire tutti i frutti extantes, ancorché perseverantigli prima dell'inizio della azione e rimborsare il valore di quei frutti consumati che avessero effettivamente cagionato un aumento del patrimonio. Ciò ha luogo per l'erede apparente di buona fede; invece l'erede apparente



di mala fede deve restituire (e ciò si capisce), tutti i frutti percepiti anche prima della domanda giudiziale, e tutti i frutti che avrebbe dovuto percepire e che per incuria non ha percepito.

Verrà differenza consequenziale tra l'erede apparente di buona fede e quello di mala fede si ha rispetto alle alienazioni da essi compiute. Poniamo che l'erede apparente ha fatto un'alienazione di beni ereditari, ha venduto una cosa, ed in cambio ha ricevuto il prezzo. Se l'erede apparente è di buona fede a che cosa è tenuto? La legge dice che è tenuto a dare il prezzo corrispondente ricevuto, e se il prezzo non è stato ancora pagato è tenuto a cedere la sua azione contro il compratore per il conseguimento del prezzo. Invece, qual'è l'obbligo dell'erede apparente di mala fede, se lo erede vero non voglia o non possa agire coll'azione di rivendicazione contro il terzo? L'obbligo è di pagare non già il prezzo ricevuto, ma il valore effettivo della cosa che non si trova nel patrimonio ereditario. Altro è il valore, altro è il prezzo della cosa; il prezzo può coincidere col valore della cosa, ma può essere molte volte inferiore. Ora l'erede apparente di mala fede deve restituire non solo il prezzo, ma il valore effettivo. Supponiamo poi che l'erede apparente abbia donato, abbia costituito una dote alla figlia sui beni ereditari da lui posseduti: se l'ere-



che è in buona fede, non avendo ricevuto niente in corrispettivo della donazione, nulla deve restituire; se invece è di mala fede deve restituire il valore effettivo dei beni donati.

Notate però a tale proposito la grave differenza tra il Diritto romano ed il nostro. Il Diritto romano logicamente applicando il principio che l'erede apparente di buona fede dovesse restituire l'ed in quod locupletior factus est, veniva alla conseguenza che in caso d'alienazioni da lui fatte, restituire il prezzo ricevuto, solo però ove non fosse stato dissipato, da un canto; e dall'altro canto, anche tutti i vantaggi che, sia pure in via indiretta, avesse ottenuto dalla fatta alienazione. Così se l'erede apparente di buona fede avesse fatto una donazione, ed il donatario, per ricambio di cortesia, gli avesse dato qualche cosa, egli era tenuto a dare all'erede anche questa cosa. Ciò non segue nel Diritto nostro. L'erede apparente di buona fede non è tenuto a restituire tutto ciò che ha guadagnato in occasione dell'alienazione della cosa ereditaria, ma ciò che ha ricevuto come corrispettivo dell'alienazione. Così se in considerazione della donazione fatta ha ricevuto qualche vantaggio patrimoniale dal donatario, non è tenuto a darne conto all'erede vero. Quindi, se per es, con denaro ereditario ha vinto un turno al lotto, il premio della vincita al gioco non è dovuto all'erede. La legge parla soltan-



to di denaro, e quindi di vero e proprio corrispettivo per la fatta alienazione, anche se non sia in danaro, ma non d'ogni lucro ottenuto per occasione di essa. D'altra parte però se è tenuto a restituire solo ciò che ha ricevuto a titolo di corrispettivo, questo è tenuto a darlo in ogni caso, o che sussista effettivamente, e quindi il suo patrimonio sia aumentato, o che non sussista, perché dissipato, al contrario di ciò che seguiva per Diritto romano. Il codice nostro parla chiaro: deve restituire il denaro ricevuto; senza fare distinzioni o limitazioni, e ciò perché il codice nostro non parte dal principio dell'ingiusta arricchimento. Ciò che si dice per la alienazione deve dirsi per qualsiasi atto di disposizione di beni ereditari, che abbiano direttamente causato un vantaggio all'erede apparente di buona fede. Onde se egli ha pagato i debiti propri con denaro ereditario, sebbene non abbia ricevuto materialmente corrispettivo, ha risentito un vantaggio e quindi deve restituire all'erede l'equivalente.

Introdotta l'azione di petizione di eredità, anche il possessore di buona fede deve restituire i frutti che percepisce, dopo la domanda giudiziale; come il possessore di mala fede. Ora si domanda: l'erede apparente di buona fede, dopo l'introduzione del giudizio, dev'essere equiparato completamente al possessore di mala fede? Può dirsi che egli sia



un vero e proprio possessore di mala fede, e quindi debba rispondere anche del caso fortuito che durante il giudizio faccia perire una cosa ereditaria? Alcuni credono che l'introduzione del giudizio produce tutti gli effetti della mala fede: se dopo la citazione accade un caso fortuito, l'erede apparente di buona fede deve rispondere come l'erede apparente di mala fede. L'equiparazione è ingiusta. La citazione non mette in mala fede, non costituisce la mora necessaria per avervi la responsabilità del caso fortuito. Quando l'erede apparente di buona fede riceve la citazione, significa perciò stesso che entra in mala fede? No, può benissimo pensare che sia una citazione arrischiata e può conservare la sua coscienza giuridica d'essere erede vero. Perciò non può parlarsi ancora di mora, perché la mora presuppone la certezza intorno all'esistenza del debito, certezza che non può essere prodotta che dalla sentenza di condanna, non già da una semplice citazione, quando vi sia la buona fede. Perciò non possono annettersi a carico dell'erede apparente di buona fede le conseguenze che derivano dalla mora, nemmeno dopo l'introduzione del giudizio. Se la legge equipara il possessore di buona fede a quello di mala fede per ciò che concerne i frutti percepiti dopo la domanda giudiziale, quest'equiparazione dipende da una altra ragione ed è che quando c'è una citazione susseguita da sentenza favorevole all'attore il posses-



so si ha per interrotto fin dal momento della domanda; onde il possessore non è più di buona o di mala fede; ma non è più possessore legittimo: c'è la interruzione del possesso e quindi cessano tutti gli effetti del possesso. Abbiamo visto così quali effetti produce la buona fede nell'erede apparente. Ma perché quegli effetti si possano produrre basta che la buona fede sussista al principio del possesso delle cose ereditarie ed è necessario che continui sempre? Su altre parole vale qui la massima *mala fides superveniens non nocet*, oppure no? Per alcuni effetti vale per altri no. Vediamo che tre sono gli effetti della buona fede: l'erede apparente di buona fede non è responsabile del deperimento delle cose ereditarie; non deve restituire i frutti percepiti prima della domanda giudiziale; non risponde delle alienazioni fatte se non in quanto ha ricevuto qualche cosa. Ora mentre per i due primi effetti vale il principio *mala fides superveniens non nocet*, rispetto al terzo questo principio non vale. Cioè, il possessore di buona fede, l'erede apparente basta che sia stato di buona fede nel tempo in cui s'è messo nel possesso, perché non sia responsabile del deperimento delle cose, come pure basta che la buona fede vi sia stata all'inizio del possesso perché non sia obbligato a restituire i frutti percepiti prima della domanda giudiziale. Ma



perché egli non debba rispondere delle alienazioni, è necessario che la buona fede non vi sia stata soltanto al tempo in cui s'è immessa nel possesso ma vi sia stata ancora al tempo in cui compì l'alienazione. Questo si rileva dall'art° 933 C.C. cap. 2°. Dunque mentre per regola generale del Diritto nostro *mala fides superveniens non nocet*, invece per questo determinato effetto nuoce, inquantoché la buona fede bisogna che esista non solo all'inizio del possesso delle cose ereditarie, ma anche nel momento stesso in cui si compì l'alienazione.

Abbiamo parlato così degli obblighi dell'erede apparente; parleremo ora dei diritti che esso ha. L'erede apparente, come qualunque possessore ha diritto al rimborso delle spese necessarie ed utili che ha fatto per le cose ereditarie. Questo è principio generale che riguarda qualsiasi possessore e quindi anche che l'erede apparente sia di buona che di mala fede. Anche riguardo alla misura del rimborso vale il principio generale posto rispetto a qualunque possessore, cioè l'erede apparente ha diritto al rimborso delle spese utili, se ed in quanto sussistano i miglioramenti al tempo della petizione d'eredità e nella somma minore tra lo speso ed il migliorato. Anche qui c'è una differenza tra il Diritto romano ed il nostro; mentre per il Diritto romano occorreva in generale la buona fede per il rimborso delle



spese utili e per l'erede apparente la buona fede dava diritto anche al rimborso delle spese volu= tuarie: il nostro codice non ha fatto questa distin= zione. Però l'erede apparente di buona fede, quan= do ha fatto delle spese necessarie od utili ha un diritto speciale per garentirsi del rimborso, il dirit= to di ritenzione: cioè diritto di ritardare la re= stituzione delle cose che dovrebbe restituire, fino a che non sia rimborsato dalle spese fatte, in occa= sione delle cose stesse. Questa è conseguenza che deriva dai principii generali intorno al possesso di buona fede. Così abbiamo parlato dell'unione di peti= zione d'eredità.

---



## Lezione XXI<sup>a</sup>

### Sommario

Il rapporto tra l'erede vero e i terzi. La tutela dei terzi di buona fede che acquistano a titolo oneroso dall'erede apparente. Natura giuridica dei rapporti tra erede vero e terzi, e tra erede vero ed erede apparente.

Dopo avere studiato i rapporti che passano tra l'erede vero e l'erede apparente, cioè l'azione di petizione d'eredità nei suoi requisiti e nei suoi effetti, c'è bisogno di fare un altro studio complementare, qual'è quello dei rapporti che passano tra l'erede vero ed i terzi che hanno avuto causa dall'erede apparente.

L'erede riuscito vincitore contro l'erede apparente, per i principi generali avrebbe l'azione di rivendicazione contro i terzi che avessero acquistato un bene ereditario dall'erede apparente, poiché essendo stata riconosciuta la sua qualità d'erede vero di fronte all'erede falso ed apparente, tutte le alienazioni compiute da costui, per principio generale di diritto dovrebbero essere considerate nulle e quindi il proprietario cioè l'erede vero avrebbe diritto di rivendicazione contro il terzo possessore della cosa. Tale diritto di rivendicazione contro i terzi è conseguenza d'altri principi an-



che essi d' indole generale. Infatti noi sappiamo che l' accettazione dell' eredità ha effetto retroattivo; quindi consegue la nullità di tutti quei negozi giuridici che medio tempore non sono stati compiuti dall' erede vero, ma da un altro.

In secondo luogo le alienazioni di cose altrui sono nulle, principio che il nostro codice applica in più casi, nel caso di vendita di cose altrui, di pegno di cose altrui, d'ipoteca di cose altrui; principio il quale si formula colla massima tradizionale: « *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse non habet* ». Ora se l' erede apparente non era erede, tutte le alienazioni da lui compiute essendo state fatte dal non domino sono nulle, non trasmettono il diritto di proprietà all' acquirente. Ma il principio che l' erede vero riuscito vincitore avrebbe diritto di rivendicare i beni ereditari contro il terzo; perché egli è erede fin dal momento della morte del defunto, e le alienazioni fatte da altri che non era l' erede sono nulle, soffre un limite. Qual' è questo limite? Un limite questo principio lo soffriva anche nel Diritto romano; ma il limite era posto non già a tutela del terzo, ma a tutela dell' erede apparente di buona fede. Abbiamo visto nella passata lezione che anche il Diritto romano, come il nostro, trattava alcune differenze di modalità, tutelava la condizione giuridica dell' erede apparente di



buona fede; inquantochè questi non doveva rispon-  
dere che dell' *id in quod locupletior factus erat*.  
Una conseguenza di questo era che se l'erede ap-  
parente di buona fede avesse alienate le cose ere-  
ditarie, l'erede vero non poteva sempre ed in qual-  
siasi caso rivendicare le cose alienate; perchè s'egli a-  
vesse rivendicato contro il terzo, costui avrebbe avuto  
il diritto d'agire in garanzia per subita evin-  
zione, contro l'erede apparente, il quale così indiretta-  
mente sarebbe stato responsabile anche di cose di cui  
non s'era arricchito. Facciamo il caso che l'erede  
apparente di buona fede avesse venduto un fondo  
ricevendo il prezzo di 1000 sesterzi, i quali però non  
si trovavano più nel patrimonio di lui. Egli pel  
principio del Diritto romano non doveva restituire  
nulla, perchè nulla si trovava nel suo patrimo-  
nio. Poniamo ora che la legge avesse permesso  
all'erede vero d'agire per rivendicazione, il  
compratore doveva lasciare il fondo, ma aveva  
il diritto di ripetere dall'erede apparente i 1000  
sesterzi, in modo tale che ciò che in via di-  
retta l'erede apparente di buona fede non era  
tenuto a dare, l'avrebbe dato in via indiretta.  
Perciò per salvare il principio che l'erede appa-  
rente di buona fede non dovesse essere tenuto  
a restituire se non l'*id quod locupletior fac-  
tus est*, il Diritto romano negò l'azione di ri-  
vendicazione contro il terzo, ove questi avesse po-



tutto sperimentare l'azione di garanzia contro l'erede apparente di buona fede (1). Ma nella legislazione francese, queste norme non vennero riprodotte; non vi è alcuna disposizione intorno all'erede apparente di buona fede e di mala fede, e tanto meno intorno alla sorte che debbono seguire i terzi. Sorse perciò la questione se dovessero applicarsi al Diritto francese i principi sanciti nel Diritto romano dal senato consulto Gioveniano per regolare la condizione delle alienazioni compiute dall'erede apparente. I terzi debbono subire l'azione di rivendicazione da parte dell'erede, oppure i loro diritti sono salvi? Le alienazioni fatte dall'erede apparente sono valide o sono nulle? Sorsero parecchie opinioni, di cui ecco le principali.

Alcuni ritennero che si dovesse applicare il senato consulto citato e che quindi l'erede non potesse rivendicare i beni ereditari contro i terzi qualora l'erede apparente l'avesse alienati in buona fede. Ma siffatta opinione ebbe poco seguito, e giustamente. Il senato consulto Gioveniano contiene disposizioni di diritto singolare; le quali non essendo state espressamente riprodotte dal codice, non possono dirsi ancora vigenti sotto l'impe-

(1) Secondo alcuni ciò sarebbe stato introdotto da Giustiniano, interpolando il frammento di Ulpiano l. 25 § 17 d. 5, 3 con l'aggiunta: "omnes emptores regressum ad bonae fidei possessorum habent", che mal si accorda col responso affermativo. Ed può potersi rivendicare.



no d' esso. Altri ritengono che le alienazioni fatte dall'erede apparente dovessero essere rispettate dall'erede vero, qualora ci fossero due condizioni; che l'erede apparente avesse alienato in buona fede, e che il terzo avesse acquistato in buona fede; in altre parole si richiedeva la buona fede dell'erede e del terzo. Quest'opinione è più arbitraria della prima la quale almeno si fondava sulla tradizione storica; mentre per questa seconda non vi era alcuno appoggio inquantochè il Diritto romano prescriveva dalla buona fede del terzo e badava solo a quella dell'erede apparente. La terza opinione è la più logica, anzi la sola logica, cioè: le alienazioni fatte dall'erede apparente sia pure di buona fede, e sia pure ad un terzo di buona fede, anch'esse sono alienazioni nulle, in base al principio generale che nessuno può trasmettere un diritto che non ha e che quindi chi aliena una cosa altrui aliena inefficacemente. Quest'opinione però sebbene logica, fu trovata poco equa, e si sostenne un'altra teoria cioè: che qualora il terzo avesse acquistato in buona fede ed a titolo oneroso, l'alienazione dovesse essere rispettata. Questa teoria è equa, ma non fondata sui principi del codice francese. Perciò il nostro legislatore per risolvere questa controversia nata sotto l'impero del codice francese, volle per la prima introdurre quel criterio d'equità prevalente



nella giurisprudenza francese, disponendo che qualora i beni fossero acquistati dall'erede apparente di buona fede ed a titolo oneroso, i loro diritti dovessero essere rispettati (art. 933 C.C.). Esaminiamo questa disposizione degna di studio, perché malgrado la sua semplicità e chiarezza non sempre è stata esattamente compresa dalla giurisprudenza, la quale spesso volte ha confuso due rapporti essenziali: innanzi a tutti, cioè il rapporto tra l'erede vero e l'erede apparente ed il rapporto tra l'erede vero e i terzi. Rapporti codesti distinti e da non confondersi, perché può benissimo darsi il caso che l'erede apparente sia di buona fede, e ciò non ostante le alienazioni fatte da lui non debbano rispettarsi, perché il terzo è di mala fede; oppure al contrario, l'erede apparente può essere di mala fede, ed il terzo può essere di buona fede; ed allora le alienazioni debbono rispettarsi, non ostante la mala fede dell'erede apparente. Abbiamo studiato il primo rapporto nella passata lezione, dobbiamo ora studiare il secondo.

Primal' è il fondamento di questa limitazione al principio generale di diritto che chi acquista dal non domino, acquista male? A questo principio generale, è da notare anzitutto, si fanno parecchie eccezioni.

L'art. 707 del codice civile, dice che il posses-



so di buona fede dei beni suoi, e con tale titolo  
rispetto al terzo. Così pure chi acquista in buona  
fede e con giusto titolo, in base al possesso decen=  
nale acquista validamente. La terza eccezione è que=  
sta dell' art° 933, per il quale chi acquista dal=  
l'erede apparente, e titolo oneroso ed in buona fede  
acquista validamente. L'art° 707 si giustifica stori=  
camente e praticamente colla considerazione che  
i mobili sono di facile trasmissione, e se si vo=  
lesse anche per loro richiedere le forme solenni  
occorrenti per la trasmissione degl' immobili, il  
commercio sarebbe impacciato. L'usucapione decen=  
nale anch'essa si giustifica: c'è il fatto del  
possesso, protratto per un certo tempo congiun=  
to all' inerzia del proprietario vero. Ma come  
si giustifica l'art° 933? Non può valere la giu=  
stificazione propria dell' art° 707: né la giusti=  
ficazione dell' usucapione decennale, perché per  
l'art° 933 non è rispettata l'alienazione di  
cose mobili soltanto, perché altrimenti esso  
sarebbe inutile, bastando l'art° 707; ma nello  
art° 933 si dice ch'è rispettata l'alienazione an=  
che di cose immobili, fatta dal proprietario  
falso ad un terzo, e l'alienazione è rispetta=  
ta senza che il terzo acquirente abbia posse=  
duto la cosa per un tempo qualsiasi, perché  
se si fosse l'usucapione decennale, tutto si  
comprenderebbe facilmente e non si sarebbe



niente di singolare

Cosicchè, mentre chi acquista da un proprietario apparente, ossia da un dominus che vanta in suo favore un titolo tra vivi, l' acquirente non acquista niente se non quando abbia posseduto in buona fede per 10 anni e vi sia la trascrizione del titolo; qui invece abbiamo che il terzo che acquista da chi vanta in suo favore un titolo ereditario, acquista validamente per il solo fatto che è in buona fede, e che l' acquisto è a titolo oneroso. Come si giustifica questa differenza tra l' acquisto compiuto contrattando col non dominus, che si fonda su un atto tra vivi e quello compiuto contrattando col non dominus che vanta in suo favore un' acquisto mortis causa? Mentre quando alcuno si spaccia proprietario per un titolo tra vivi, si può più o meno approssimativamente con indagini opportune, conoscere se quel titolo esista o pur no, se sia giustificato da una serie precedente di titoli o dalla prescrizione; invece quando alcuno si spaccia proprietario della cosa per la sua qualità di erede, come si fa ad indagare se la qualità d' erede sussiste o pur no? Su fatti una persona presenta al compratore un testamento in suo favore; questo testamento può essere revocato, può essere falso, può essere fatto in favore di incapace di succedere etc; come



può il compratore indagare se il testamento è stato revocato oppure no, se sia falso o vero? Egli in generale è costretto a credere che il testamento sia vero e valido. Un tale si spaccia parente in un certo grado col defunto; è difficile provare che non esistano parenti anteriori, molte volte questi parenti ci sono, ma o sono sconosciuti o si trovano in paesi lontanissimi, e quindi sorge la difficoltà d'indagare se chi si spaccia erede sia veramente tale. Date queste difficoltà di verificare se il titolo ereditario sussista oppure no, difficoltà che s'incontrano in molto minor grado nell'acquisto dipendente da atto tra vivi, la legge ha trovato degna di maggior tutela la posizione del terzo il quale acquista dall'erede apparente, anziché quella di chi acquista da uno che vanta per sé un atto tra vivi. Di ciò s'aggiunga un'altra ragione giustificatrice: ed è che quando c'è una persona che si spaccia per erede, che compie atti d'erede, il pubblico deve venire nella giusta credenza che questo sia l'erede, dal momento che non vede nessuna altra persona che contesti il diritto di chi si spaccia per erede; l'inertia dello erede vero è ragione che vale a giustificare la credenza del terzo che colui il quale si sia immesso nel possesso dei beni ereditari sia l'erede.

È finalmente non è a dimenticare che il sistema di pubblicità nel Diritto nostro è imperfettamente



organizzato: mentre le alienazioni tra vivi sono sottoposte a trascrizione, gli acquisti mortis causa, no; quindi manca ancora quel mezzo sebbene imperfetto, di conoscere il proprietario di un immobile, che v'è per gli acquisti tra vivi. Perciò la legge è stata indotta a porre quella norma eccezionale. In tal modo si vede, è vero, il diritto di proprietà individuale, ma questa lesione è richiesta dall'interesse sociale, dall'interesse del credito immobiliare, dalla sicurezza delle contrattazioni, perchè altrimenti sarebbe quasi impossibile che l'erede anche vero potesse alienare i beni ereditari, potesse contrattare, perchè ognuno avrebbe ragione di temere che un bel giorno spunti un parente più prossimo al defunto, oppure che il testamento sia dichiarato falso o revocato da un altro testamento ignorato.

Esaminiamo ora i requisiti che occorrono perchè abbia luogo siffatta deroga ai principii generali di Diritto; cioè: 1°) la buona fede del terzo, e 2°) la natura onerosa dell'acquisto. La buona fede del terzo non deve confondersi con la buona fede dell'erede apparente; può darsi che l'erede apparente sia in mala fede, sia consapevole di non aver diritto all'eredità e pur agisca come erede, si spacci come tale, allegando a giustificazione il titolo falso; quindi il terzo non ostante la mala fede dell'erede apparente, che è suo autore può essere egli stesso in buona fede, inquantochè non s'accorge della



validità del testamento, non sa che il testamento sia stato revocato, ignora che vi siano parenti prossimi al defunto, ecc. D'altra parte l'erede apparente può essere di buona fede e invece può essere di mala fede il terzo: come se l'erede apparente sia un ignorante o un ingenuo, ed invece il terzo sia un furbo, un avvocato per es. che conosce benissimo man a mano i requisiti legali per la validità del testamento e nonostante finge di non saperlo; in questo caso abbiamo che l'erede apparente è di buona fede, men tre il terzo è di mala fede. Su questo insisto, perché molte volte la giurisprudenza confondendo i due con cetti distinti, ha richiesto perché il terzo fosse rispettato, che anche l'erede apparente sia in buona fede. La legge invece fa due ipotesi distinte; quella dello erede apparente di buona fede, e l'altra del terzo di buona fede: come diversi sono i rapporti tra l'erede vero e l'apparente, e tra l'erede vero ed il terzo, così diverse sono le ipotesi d'erede apparente di buona fede. Nella prima vanno regolati in modo speciale i rapporti tra erede vero ed erede apparente; nella seconda vengono regolati in modo an che speciale, ma indipendente, i rapporti tra erede vero e terzo.

Chi deve provare la buona fede? Deve provarla il terzo che pretende far salvi i suoi diritti contro l'azione di rivendicazione dell'erede; oppure la buona fede si presume, e quindi spetta all'erede vero,



che intenta l'azione di rivendicazione, provare che il terzo è in mala fede? Comunque si sostiene che sia principio generale la presunzione della buona fede, e così anche il terzo che ha contrattato coll'erede apparente si presume di buona fede; a lui nessuna prova spetta di fare, spetta invece all'erede provare il contrario. Noi non siamo di tale avviso. La presunzione di buona fede non è un principio generale, e quindi non può avere efficacia fuori dei casi per cui la legge l'ha posta. Ora il nostro codice ammette tale presunzione soltanto in materia di possesso. Si può questa regola posta dalla legge in materia di possesso estendere al caso da noi considerato? Si potrebbe, anzi si dovrebbe, se il terzo fosse rispettato in quanto è possessore di buona fede; ma l'elemento del possesso non v'entra per niente; il terzo acquirente a titolo oneroso purché sia di buona fede, è rispettato, ancorché egli non sia entrato nel possesso delle cose, come nel caso in cui le cose vendute non siano peranco consegnate.

Ora se il terzo dev'essere rispettato, nonostante che non abbia il possesso, vuol dire che non si applica la presunzione propria del possesso di buona fede. Bisogna perciò applicare il principio generale del sistema probatorio, cioè colui che pretende d'avere un diritto deve provare tutti gli estremi per l'esistenza di questo diritto. Siccome qui



si tratta d' un diritto singolare, qual' è quello di essere considerato come legittimo acquirente, pur avendo contrattato con chi non era padrone. Spetta al terzo dimostrare l'esistenza della condizione su cui tale diritto si fonda, cioè la sua buona fede, l'ignoranza dei vizi del titolo del suo autore. Quest'opinione però dalla giurisprudenza non è accolta.

La buona fede dev'essere causata da errore sensibile o può anche fondarsi su errore non sensibile? Su questo punto la giurisprudenza è rigorosa, e ritiene che la buona fede deve fondarsi sopra un errore degno di scusa. Noi invece non siamo di questo parere, perchè non troviamo in nessun luogo del nostro codice richiesta la condizione della sensibilità dell'errore per aversi la buona fede. La condizione della sensibilità è stata posta dai giuristi, i quali partirono da una non retta interpretazione di alcuni testi di Diritto romano. Perciò, secondo noi, se chi ha contrattato con l'erede apparente ha acquistato pur non usando tutte quelle diligenze che avrebbe dovuto per indagare la verità e così sapere se l'erede fosse il vero successore legittimo o testamentario del defunto, questo non viene a togliere la buona fede, che è uno stato soggettivo della coscienza, si sia stata o no la diligenza nella ricerca della verità. Nulla ancora importa se la buona fede sia fondata su un errore di



fatto o su errore di diritto. A tale proposito non ripeterò ciò che ho detto altre volte: anche l'errore di diritto per la nostra legge è fonte di buona fede, e si può invocare come l'errore di fatto, per approfittare di tutte le conseguenze che la legge fa nascere dall'errore. L'errore di diritto non si può invocare solo quando si tratta di sfuggire alle conseguenze che la legge mette a carico di chi trasgredisce le disposizioni della legge, sciente o ignorante ch'egli sia, ma quando la legge prende in considerazione lo stato psicologico di una persona, per accordarle alcuni vantaggi, è indifferente vedere se l'ignoranza cada sul fatto o sul diritto.

Titolo oneroso. Non basta che l'acquirente abbia contrattato in buona fede, bisogna che abbia acquistato a titolo oneroso, perché per principio generale di diritto tra due persone, di cui una cerca d'evitare un danno, mentre l'altra cerca avere un lucro che non le sarebbe spettato, dev'essere preferito chi cerca d'evitare il danno. Ora se il terzo, sia pure in buona fede, è acquirente a titolo gratuito, costui lotta per avere un lucro che altrimenti non gli sarebbe spettato, mentre l'erede vero che gli contrasta un tal diritto, lotta per evitare un danno che non gli tocca. Onde se ci troviamo di fronte ad un terzo che ha acquistato a titolo gratuito, questo terzo non dev'essere rispettato, perché la sua tutela non avrebbe fondamento;



perdendo il diritto acquistato non perde niente del suo; perde un vantaggio soltanto; mentre l'erede vero al quale si negasse l'azione di rivendicazione perderebbe un diritto che è parte del suo patrimonio.

Ma quali sono i contratti a titolo oneroso? Il codice dice - convenzione a titolo oneroso - in generale. Che s'intende con ciò? Tutte le alienazioni per mezzo di corrispettivo, la vendita, la permuta, l'enfitensi, la costituzione di rendita fondiaria, s'intendono compresi sotto la parola convenzione onerosa. Ma il pagamento dei debiti personali che abbia fatto l'erede apparente al terzo, le convenzioni costitutive d'ipoteca, si debbono considerare come rientranti nella frase adoperata nel nostro codice? Sì; quando il terzo riceve il pagamento di un credito, la convenzione che intercede tra lui e l'erede apparente, è a titolo oneroso; il creditore che riceve il soddisfacimento del suo credito, non fa un lucro, non riceve un vantaggio; è vero che in quella convenzione non dà il corrispettivo, ma il corrispettivo c'è stato prima. Così ancora, se il creditore personale dell'erede apparente ha avuto un'ipoteca in garanzia del suo credito, perchè la costituzione d'ipoteca presuppone l'esistenza d'un credito, e quindi in sostanza il corrispettivo c'è sempre. Perciò anche queste convenzioni debbono essere rispettate. Ma che dicesi della costituzione di dote? L'erede apparente ha costituito la dote a sua figlia che è andata a marito. Questa convenzione



dotale può essere impugnata dall' erede vero, oppure dev' essere rispettata? Anche qui bisogna richiamare i principî generali intorno alla costituzione di dote. La costituzione di dote è un atto a titolo gratuito rispetto alla dotata; è un atto a titolo oneroso rispetto al marito. Quindi, se l'erede apparente ha fatto una costituzione di dote con beni ereditari, l'erede vero potrà disconoscere il diritto di nuda proprietà della dotata, inquantochè la dotata ha ricevuto una donazione ma deve rispettare il diritto d'usufrutto che sussiste a favore del marito, perchè costui con tale usufrutto non ha ricevuto un lucro ma solo un mezzo per sostenere gli oneri del matrimonio: l'erede vero in tale caso sarà un nudo proprietario, finchè duri il matrimonio. Questo in generale: però la decisione dev' essere modificata in un caso particolare. Supponiamo che l'erede apparente che ha costituito la dote ad una figlia sia in buona fede. Se noi anche in questo caso ammettessimo la rivendicazione contro la dotata, che cosa avverrebbe? Avverrebbe per i principî generali della dote (art. 1396), che la dotata avrebbe il diritto di garanzia per evizione contro il dotante. Ora il codice dispone che l'erede apparente, quando ha alienato in buona fede, non deve restituire altro se non quello che ha ricevuto, invece ammettendo in questo caso specifico l'azione di rivendicazione contro la dotata che avverrebbe? Avverrebbe



che l'erede apparente di buona fede sarebbe responsa-  
bile del valore dei beni dotali, quindi risponderebbe in-  
direttamente del valore dei beni alienati, mentre la leg-  
ge lo esenta da questa responsabilit . Quindi dico, se  
bisogna applicare il principio del resto riconosciuto gi   
dal Diritto romano, che cio  l'erede apparente di buo-  
na fede non deve dare indirettamente cio  che non  
  tenuto a dare direttamente, la ragione logica mo-  
le che in questo caso specifico, siccome la costituzione  
di dote importa obbligo di garanzia del costituente, se  
l'erede apparente sia di buona fede non si potr   
esercitare l'azione di rivendicazione ne  contro la dota-  
ta, ne  contro il marito perch  ne seguirebbe l'azione  
di garanzia contro l'erede apparente che essendo in  
buona fede non   tenuto a nulla, ne  in via diret-  
ta, ne  in via indiretta. Lo stesso deve dirsi delle  
donazioni gravate di un onere (art  1077 n. 3). Se an-  
mettiamo l'azione di rivendicazione contro il terzo,  
siccome il terzo ha la garanzia per esenzione fino  
alla concorrenza dell'onere imposto della donazione,  
se l'erede apparente sarebbe a rispondere di qualche  
cosa. Cosicch  per evitare questa incoerenza, l'erede ve-  
ro non pu  esercitare l'azione di rivendicazione  
in tutto e per tutto contro il donatario, potr  eser-  
citarla solo per quei beni che eccedono gli oneri  
imposti, perch  tanto la costituzione di dote quanto  
la donazione sub modo, costituiscono in certi limiti  
dei contratti a titolo oneroso.



Infine giova avvertire che se l'erede vero deve riconoscere come valido l'acquisto oneroso compiuto dal terzo di buona fede, ciò non significa ch'egli non abbia il diritto d'impugnare il contratto compiuto dal terzo coll'erede apparente per altri vizi come son quelli relativi alla capacità ed al consenso. La legge tutelando il terzo di buona fede, presuppone che il suo acquisto si fondi su un titolo avente tutti i requisiti di validità, ed abbia solo il vizio della mancanza del potere di disporre nell'alienante. E inverso sarebbe strano che si negasse all'erede vero il diritto d'impugnativa dei contratti compiuti dall'erede apparente in quegli stessi casi in cui l'avrebbe se tali contratti fossero stati conclusi con lui medesimo. Così spiegato il significato dell'art° 933, bisogna ora confrontarlo con l'art° 707 C.C. perchè abbiamo detto esservi una certa analogia tra l'acquisto che compie il terzo di buona fede dall'erede apparente, e l'acquisto che compie il possessore di buona fede di una cosa mobile: dacchè tanto in un caso che nell'altro v'è una persona che acquista dal non domino ed efficacemente, in modo tale d'impedire l'azione di rivendicazione del proprietario. Ma se c'è tale analogia, vi sono delle differenze. L'art° 707 richiede oltre la buona fede il possesso, sia pure istantaneo, materiale, effettivo.



no; l'art° 933 non richiede alcun possesso, come ho detto. Il terzo che ha contrattato coll'erede apparente in buona fede è tutelato nei suoi diritti ancorchè non sia possessore.

La seconda differenza è che l'art° 707 si applica a tutti gli acquisti compiuti dal terzo in buona fede anche a quelli a titolo gratuito: il terzo ha avuto in donazione una cosa mobile da chi non poteva disporre, il proprietario non può rivendicarla; perche' l'art° 707 parla in generale e non ha riguardo al conflitto tra chi cerca di evitare un danno e chi cerca conseguire un vantaggio. Un'altra differenza è che l'art° 707 riguarda solo le cose mobili singole e corporali, e i titoli al portatore, non riguardo gl'immobili, le universalità di mobili né i crediti; invece l'art° 933 riguarda qualsiasi acquisto di cose mobili ed immobili ed anche, notate, i diritti di credito. Quindi l'art° 933 non è reso inutile dall'art° 707, essendo diversa la portata di questi articoli. Benissimo può accadere che, anche se l'erede apparente aliena una cosa mobile, si debba invocare non già l'art° 707 ma l'art° 933. L'erede apparente ha venduto una cosa mobile senza consegnarla, al compratore; il compratore in questo caso non può invocare l'art° 707, ma l'art° 933 perche' non è possessore. Vi sono molti altri casi invece, in cui il terzo non potrà invocare lo art° 933, ma l'art° 707. Il terzo per es. ha contrattato



con l'erede apparente ed ha acquistato una cosa mobile a titolo gratuito, ha avuto una donazione di cosa mobile, in questo caso non può applicarsi l'art° 933, perchè presuppone la contrattazione a titolo oneroso. Ma ove il terzo che ha contrattato con l'erede apparente è possessore di buona fede di cose mobili, se non potrà invocare l'art° 933, invocherà l'art° 707 il quale non fa distinzione fra le varie specie d'acquisto. Così esposti i rapporti tra l'erede ed il terzo, vediamo quale sia la loro natura giuridica. Alcuni hanno affermato che l'erede vero sia un avente causa del terzo, e che il terzo sia un avente causa dall'erede vero. Questa opinione è erronea, perchè se il terzo dovesse essere considerato come un avente causa dall'erede vero, non si saprebbe spiegare come l'erede vero in molti casi abbia l'azione contro il terzo; quali sono il caso in cui sia in mala fede, quello in cui ha acquistato a titolo gratuito, perchè in simili casi il vero avente causa non avrebbe tale diritto; invece i vari casi di impugnativa si spiegano ammettendo che il terzo è un vero terzo, cioè un estraneo all'erede. Se egli è tutelato dalla legge, è tutelato non già perchè avente causa dall'erede vero, ma nonostante che tale non sia, per ragioni d'equità, come abbiamo visto. Similmente non può dirsi, come dicono quasi tutti gli autori che l'erede vero sia egli stesso un' avente causa dall'erede apparente. Ciò è assurdo, perchè non si può ammettere che uno che ha il di-



ritto abbia causa da uno che non l'èa. E poi co-  
me potrebbe disconoscere gli acquisti a titolo gratuito, e  
quelli compiuti in mala fede se fosse un agente cau-  
sa dall'erede apparente, il quale è tenuto in forma  
del contratto a rispettare tutte le alienazioni da lui  
fatte? Se l'erede vero è tenuto a rispettare gli atti  
compiuti dall'erede apparente in certi limiti, egli  
è tenuto a ciò, non perché sia rappresentato dallo  
erede apparente, ma per speciale disposizione di leg-  
ge. Quindi nei rapporti tra l'erede vero e l'erede  
apparente, l'erede vero è un estraneo, non è un  
rappresentato: la legge, è vero, fa derivare gli stessi  
effetti che deriverebbero se queste due persone fossero  
rappresentanti l'una dell'altra, ma ciò per un prin-  
cipio speciale, non già pel principio generale intorno  
alla rappresentanza

---



## Lezioni XXII<sup>a</sup>

### Comma 2<sup>o</sup>

L'azione di riduzione delle liberalità lesive della riserva. A chi spetta. Operazioni preliminari 1<sup>o</sup>) Formazione della massa ereditaria. 2<sup>o</sup>) Stima dei beni formanti la massa. 3<sup>o</sup>) Imputazione delle donazioni. Le varie specie di donazioni sottoposte a riduzione. Alti che per legge si presumono donazioni simulate sotto forma di contratti onerosi: esame dello art. 881 cod. civ.

Oltre l'azione di petizione d'eredità che spetta a qualsiasi erede, c'è un'altra azione che spetta, non a qualsiasi erede, bensì all'erede che abbia la qualità di riservatario. È nota come la legge riserva una quota di patrimonio in favore di certe persone, cosicchè il titolare del patrimonio non ne può disporre a suo piacimento senza ledere il diritto del riservatario o legittimario; il quale perciò ha diritto per legge ad una quota d'eredità del defunto, ancorchè costui non si sia curato di parlarne nel testamento, o ancorchè, essendo morto intestato, abbia disposto di tutti i suoi beni per atto tra vivi a titolo gratuito. Il garanzia di tale diritto successorio l'erede riservatario ha l'azione di riduzione delle liberalità fatte dal defunto per testamento o per atto tra vivi, quando queste eccedendo la parte di cui il defunto poteva liberamente disporre, vengano a ledere



il diritto alla quota riservata dalla legge.

Di chi compete l'azione di riduzione? Compete all'erede riservatario, cioè a colui che per legge ha diritto ad una porzione di legittima e gli spetta tanto se abbia accettata puramente e semplicemente che col beneficio dell'inventario. Però con questa distinzione fatta dal codice nostro, che se l'erede riservatario ha accettato puramente e semplicemente ha l'azione di riduzione soltanto contro le donazioni ed i legati fatti ai coeredi, se invece ha avuto cura d'accettare col beneficio dell'inventario, può esercitarla contro tutti, anche contro gli estranei. Dicemmo a suo tempo come veramente non c'è una buona ragione per questa distinzione. Vi ha solo una ragione pratica, ed è che quando l'erede ha accettato col beneficio dell'inventario, si può vedere chiaramente qual'è il patrimonio ereditario netto e quindi qual'è la parte dei beni di cui il defunto poteva disporre; invece quando ha accettato puramente e semplicemente, avvenuta la confusione dei patrimoni, è difficile sapere esattamente quanto il defunto abbia lasciato e quindi se vi sia lesione di legittima. Però anche questa non è una ragione efficace in tutti i casi; perchè anche quando l'erede abbia accettato puramente e semplicemente, pure si potrebbe desumere quanto è effettivamente l'attivo ereditario, ove egli avesse fatto l'inventario; daccchè altro è la confusione dell'inventario, altro è l'accettazione col beneficio dell'inventario. Ad ogni modo questa è la disposizione



di legge, e bisogna piegare il capo. L'azione di riduzione compete all'erede riservatario contro le persone le quali hanno ricevuto una liberalità testamentaria oppure una donazione. Per liberalità testamentaria s'intende non solo il legato ma anche l'istituzione d'erede, perché anche l'istituzione d'erede può portare lesione alla legittima.

L'azione di riduzione è azione personale o patrimoniale? È patrimoniale perché mira ad integrare la quota legittima, che senza di essa resterebbe lesa, cioè o diminuita o annientata. Quindi, essendo azione patrimoniale, spetta anche agli eredi ed agli aventi causa dell'erede riservatario; quali sono i creditori personali di esso; (art. 1092). Però non spetta ai creditori del defunto, né ai legatari o agli altri donatari: la legge ha avuto cura di dire ciò espressamente nell'art. 1093 ult. capov., sebbene non ci fosse bisogno di dirlo espressamente. E inverso l'azione di riduzione non può spettare ai creditori del defunto, perché se ha per scopo d'integrare la quota di riserva lesa dalle liberalità, evidentemente presuppone in chi la intenta la qualità di riservatario. Ora i creditori del defunto non avendo questa qualità, non potrebbero conseguire lo scopo dell'azione. Tanto meno potrebbe spettare ai legatari od ai donatari che non sono riservatari. L'art. 1092 perciò come dicono, è inutile; ma può essere anche dannoso, in quanto può esser causa di falsi concetti. I creditori del defunto, dice quest'articolo, non possono esercitare l'azione di riduzione. Ma quando ciò è vero?



Quando l'erede riservatario che ha diritto ad intentare l'azione di riduzione, abbia accettato l'eredità col beneficio dell'inventario. Ma poniamo che egli abbia accettato puramente e semplicemente, la cosa muta d'aspetto: i creditori del defunto in tale ipotesi hanno il diritto d'esercitare l'azione di riduzione sebbene solo contro i coeredi, perché, come abbiamo detto, l'azione di riduzione può esercitarsi non solo dall'erede ma dai creditori personali di costui. Ora coll'accettazione pura e semplice i creditori ereditari, diventano ipso jure creditori personali dell'erede, e diventando tali, sebbene originariamente fossero creditori del defunto, possono esercitare in base all'art° 1234 l'azione di riduzione contro i coeredi del loro debitore. L'art° 1092 invece non distinguendo può produrre delle conseguenze erronee se si prenda alla lettera. Importante è invece la dichiarazione contenuta in quest'articolo, che i creditori del defunto non possono nemmeno approfittarsi della riduzione esercitata da chi ne ha il diritto. Perché, a prima vista parrebbe che, aumentato colla riduzione lo attivo ereditario, i creditori del defunto potessero soddisfarsi su di esso qual'è dopo la riduzione. Sarebbe no: la loro garanzia è limitata a ciò che il defunto ha lasciato al tempo della sua morte. I beni usciti dal suo patrimonio irrevocabilmente, han cessato in modo definitivo di costituire la garanzia dei creditori: e la riduzione è posta nel solo interesse del riservatario. Questo però vale per le donazioni. Rispetto ai legati praticamente accade il contrario; ma ciò in base al principio



"*nemo liberalis nisi liberatus*", in quanto che i creditori, ove l'asse non sia sufficiente, sono preferiti ai legatari; non già perchè essi possono esercitare l'azione di riduzione; tanto vero che la preferenza dei creditori sui legatari ha luogo sempre, anche se non v'è diritto a riserva. L'azione di riduzione può esercitarsi dall'erede riservatario, ancorchè durante la vita del defunto egli abbia fatto espressa rinuncia. L'art. 1092 dice espressamente nel capoverso 1° che i legittimari, i loro eredi od aventi causa non possono rinunciare all'azione di riduzione durante la vita del donante, né con dichiarazione espressa, né col prestare il loro assenso alla donazione. La rinuncia non è valida per quella stessa ragione per cui sono invalidi tutti i patti riguardanti le future successioni. Invero, l'azione di riduzione spetta ai riservatari per conseguire la quota che la legge assegna loro anche contro la volontà del defunto. Ora la rinuncia preventiva a quest'azione, significherebbe rinuncia ad avere la quota di riserva, e quindi sarebbe una rinuncia a futura successione; mentre per principio generale tutti i patti successori sono vietati e le rinunce a future successioni, in ispecie (art. 954).

In che tempo si può intentare l'azione di riduzione? Non si può intentare prima della morte del defunto; e ciò perchè l'azione di riduzione ha per base il diritto ereditario, la qualità d'erede e quindi presuppone già nato il diritto alla successione. Durante la vita del defunto, ancorchè costui abbia sperperato tutto il patrimonio in donazioni, e quindi gli eredi riservatari siano costretti



che non rimarrà niente per loro, non possono far ridurre le donazioni compiute, né impedire che si facciano delle nuove, perché il loro diritto alla successione non è ancora sorto. Infatti possono premorire al defunto senza lasciare eredi aventi il diritto di rappresentazione: può la persona tenuta alla riserva acquistare prima della morte un tanto patrimonio, quindi manca qualsiasi base ad esercitare il diritto di riduzione che è ancora meramente eventuale. I riservatari possono intentare l'azione di riduzione fino a che non sia trascorso il trentennio, non già dal giorno della donazione, ma dal giorno in cui si aprì la successione, perché il diritto a quest'azione non nasce che all'apertura della successione.

Data così l'idea generale dell'azione di riduzione dobbiamo fare l'analisi delle varie disposizioni di legge. La legge parla di quest'azione in due luoghi distinti sotto il titolo delle donazioni (art. 1091-1096), e nel capo delle successioni testamentarie (art. 821-826), mentre avrebbe fatto meglio a parlarne una volta sola nelle disposizioni comuni alla successione legittima e alla testamentaria; perché l'azione di riduzione ha luogo in favore dell'erede riservatario, non solo se la successione sia aperta per testamento, ma anche se ab intestato, inquantoché in tutti e due i casi può darsi la possibilità della lesione della legittima. Dal complesso delle varie disposizioni di legge possiamo derivare la teoria generale, comune alla successione legittima e testamentaria intorno all'azione di



riduzione.

Abbiamo detto che l'azione di riduzione ha per scopo d'integrare la legittima, o quota di riserva, ove sia stata lesa dalle liberalità testamentarie, o da donazioni. Essendo questo lo scopo pratico, per esercitarla bisogna fare alcune operazioni preliminari indispensabili per vedere se ed in quanto la quota di riserva sia stata lesa.

Tali operazioni di calcolo si possono ridurre a tre fondamentali:

1°) Formazione della massa ereditaria.

2°) Stima di questa massa.

3°) Imputazione delle liberalità fatte.

Orsì tutto bisogna formare la massa ereditaria, cioè bisogna vedere qual'è l'entità del patrimonio del defunto, per poterne dedurre qual'è la quota di cui il defunto poteva disporre e quale quella di cui non poteva. È noto che se il defunto lascia dei discendenti, la quota di riserva è la metà del patrimonio, e perciò per donazioni o per testamento egli non poteva disporre del suo patrimonio oltre della metà. Se lascia soli gli ascendenti, non poteva disporre oltre i  $\frac{2}{3}$  ed  $\frac{1}{3}$  doveva lasciarlo integro. Ora per vedere appunto se in fatto il defunto ha ecceduto o no questo limite, è necessario fare il calcolo della massa dei beni. Come si fa? La legge ne fissa il modo nell'art. 822. Orsì tutto si vede ciò che ha lasciato il defunto a tempo della sua morte, cioè l'attivo ereditario. Visto qual'è



l'attivo, non s'è fatto tutto, ma si deve fare un'altra operazione, cioè dedurre dall'attivo i debiti, perchè non si può dire che il testatore abbia lasciato 100.000 lire se egli abbia 50 mila lire di debiti. Notate, quest'operazione è importantissima. C'è a tale proposito una grande differenza tra il codice nostro e quello Napoleonico. Il codice Napoleonico, forse inesattamente, dice che bisogna prima valutare i beni ereditari lasciati effettivamente al tempo della morte, poi bisogna a questi beni aggiungere il valore dei beni donati durante la vita, e dalla massa così formata bisogna sottrarre i debiti. Invece il nostro codice dice diversamente: bisogna prima calcolare i beni lasciati, poi dedurre da questi i debiti, e a ciò che resta dopo tale sottrazione, bisogna aggiungere il valore dei beni donati. Pare che sia la stessa cosa, ma invece è molto diversa, sia praticamente che giuridicamente. Perchè, se i debiti si sottraggono non già dalla massa lasciata dal defunto, ma dalla massa risultante dai beni lasciati più i beni donati, ne viene una conseguenza disastrosa per i donatari inquantochè essi si dovrebbero subire indirettamente il peso dei debiti, che invece non vengono a sopportare quando la somma dei debiti si sottrae dall'attivo. Facciamo un esempio per chiarire il concetto. Un tale ha lasciato 50 mila lire di attivo, al tempo della sua morte, ed oltre 50 mila ha consumato in donazioni; però ha lasciato un passivo di 100 mila lire. Ora se da 100 mila lire che rappresentano la massa formata dai beni lasciati, più i beni donati si



dovessero sottrarre 100 mila di debiti il risultato sarebbe zero, (perchè  $100.000 - 100.000 = 0$ ). Onde la conseguenza sarebbe che non poteva il defunto disporre di niente, le 50 mila lire ch'egli ha donato durante la sua vita ai terzi, le ha donate male, poichè niente ha lasciato ai suoi eredi, e quindi costoro avrebbero diritto di ripetere la restituzione di tutte le 50 mila lire donate. I creditori del defunto dovrebbero essere soddisfatti su 50 mila lire lasciate al tempo della morte (l'ipotesi che facciamo è naturalmente quella d'accettazione con beneficio d'inventario) e invece l'erede avrebbe il diritto di prendersi tutte le 50 mila lire date ai donatari, appunto perchè quella somma rappresenta la metà del patrimonio del defunto che doveva essere riservata agli eredi. Invece procedendo secondo il nostro codice, si ha diverso risultato: da £ 50.000 si sottraggono £ 100.000 e resta una somma negativa (- £ 50.000) il che vuol dire che i creditori ereditari avranno diritto anche qui a soddisfarsi solo sulle 50.000 lire lasciate; ma l'erede riservatario non potrà pretendere che la metà di 50 mila lire, perchè questa somma rappresenta la massa dei beni che s'ottiene dopo aver depurato l'attivo dal passivo ereditario, ed aver aggiunto il valore dei beni donati, cioè il patrimonio del defunto su cui deve collocarsi la quota di riserva. In tal modo i donatari non vengono a perdere tutto, invece con l'altro sistema perderebbero tutto, e così verrebbero a sopportare indirettamente, ed essi soli, il peso dei debiti ereditari.



tarii.

Quando si sono sottratti i debiti dall' attivo ereditario, a questo residuo si deve unire, dice la legge, fittiziamente la massa dei beni donati. Che vuol dire fittiziamente? Vuol dire che si fa un' addizione solo per via di calcolo, e non si compie già un conferimento di quei beni in natura. Quando all' attivo ereditario che risulta depurato dai debiti si è riunita la massa dei beni donati; si passa all' altra operazione, cioè la stima dei beni. Infatti se il testatore ha lasciato dei beni stabili o mobili, e' egli ha donato durante la sua vita dei beni mobili o immobili, perchè si possa calcolare la somma di cui potesse disporre è necessario ridurre i beni in denaro. Perchè il valore dei beni sia ridotto in denaro bisogna fare la stima. I beni, se esistono nel patrimonio del defunto, alla sua morte, si stimano secondo il valore che hanno e secondo lo stato in cui si trovano. Bisogna unire lasciando dei fondi. Come si debbono apprezzare questi fondi? Secondo il valore che ebbero quando furono acquistati e lo stato in cui allora si trovavano? No, ma bisogna calcolare il valore dei fondi al tempo della morte del defunto e lo stato in cui allora si trovano. Ma che cosa deve dirsi per i beni donati, che pure si debbono unire fittiziamente alla massa dei beni lasciati? La legge ha seguito un diverso criterio secondo che si tratta di donazione di beni mobili o di immobili. Per i beni immobili, si ha riguar-



do allo stato dei beni al tempo della donazione (cioè non si tiene conto dei miglioramenti o delle deteriorazioni per opera del donatario), e al valore ch'essi beni conservando tale stato, avrebbero avuto alla morte del donante (art.º 822). Facciamo il caso che Bizio abbia donato un fondo 30 anni prima della sua morte, e durante questo tempo il fondo per opera dei donatari ha ricevuto dei miglioramenti. Come si deve stimarlo? Bisogna considerare quale valore avrebbe avuto al tempo della morte del donante, quel fondo se lo stato in cui era al tempo della donazione fosse rimasto inmutato.

Per le cose mobili invece la nostra legge ha seguito un altro criterio contrariamente alla legge francese che qui ha unico criterio per tutte le donazioni. Per i mobili dice il codice, deve guardarsi esclusivamente al valore che essi avevano al tempo in cui furono donati (art.º 823); onde, non solo non deve tenersi conto dei miglioramenti o deteriorazioni ch'essi hanno subito, ma nemmeno del diverso valore ch'essi avrebbero avuto al tempo della morte del donante, anche se avessero conservato lo stesso stato in cui erano al tempo della donazione. Per quale ragione tale differenza tra mobili ed immobili? Si adducono diverse ragioni; la migliore però è la seguente: le cose mobili che vengono donate non sono cose che ordinariamente si trovano nel patrimonio del defunto; ma sono cose che s'acquistano appunto per donarle, e quindi si spende una certa somma che non sarebbe uscita dal patrimonio



del testatore, e che si sarebbe perciò trovata al tempo della sua morte, se la donazione non fosse avvenuta; e perciò s'è voluto considerare soltanto il valore che i beni avevano al tempo in cui furono donati. Calcolato in tal guisa il valore dei beni lasciati, depurati dai debiti, ed aggiunto il valore dei beni donati, s'ottiene il complessivo valore del patrimonio netto del defunto. Allora si divide la somma così ottenuta in due parti, se il riservatario è un discendente e in modo da ottenere una massa di  $\frac{2}{3}$  da una parte,  $\frac{1}{3}$  dall'altra, se il riservatario è un ascendente che ha diritto ad un terzo e si vede con quale sia astrattamente la parte di cui il defunto poteva disporre, e quale quella che doveva riservare. Fatto questo, non è finito ancora tutto, perchè benissimo può risultare dalle operazioni compiute che la somma dei valori donati ecceda la metà od ecceda i  $\frac{2}{3}$ ; eppur nondimeno può non esservi luogo a riduzione. Un testatore lascia dei figli: dal calcolo fatto risulta che il patrimonio complessivo è di £ 100.000, mentre le donazioni ascendono a lire 61.000. Si può senz'altro dire che sia lesa la legittima; può senz'altro il riservatario procedere all'azione di riduzione? No, occorre un'altra cosa. Bisogna vedere su quale parte le donazioni fatte si debbono imputare; bisogna cioè procedere ad un'altra operazione che è l'imputazione delle donazioni; giacchè queste debbono essere calcolate non sempre ed esclusivamente sulla parte che rappresenta la disponibile, ma talora



anche sulla parte che rappresenta la riserva. Quando si dice bisogna imputare le donazioni, s'intende che bisogna sottrarre la donazione o dalla quota di riserva, e, solo così si può vedere se vi è eccedenza o no sulla parte disponibile.

La regola generale che si deve tenere presente in tale operazione è molto semplice. Le donazioni siccome sono atti di liberalità volontaria, bisogna imputarle nella disponibile. Però vi sono delle eccezioni; di cui alcune fondate sulla espressa volontà del donante, altre nella legge la quale si basa sulla presunzione di volontà del donante stesso. In altre parole: le donazioni debbono imputarsi nella quota di riserva, qualora tale sia la volontà espressa o presunta del donante. Quindi debbono imputarsi non già nella disponibile ma nella riserva: 1°) le donazioni fatte espressamente come anticipo di legittima, e 2°) quelle fatte senz'alcuna dichiarazione di dispenza dalla collazione o dalla imputazione al legittimario (art. 1026), 3°) le donazioni contenute nel contratto matrimoniale in favore del coniuge superstite, e tutte le donazioni, soggette per legge a collazione, che siano state fatte in favore del figlio naturale (art. 920). Inoltre debbono imputarsi nella legittima, oltre le donazioni, anche le liberalità testamentarie fatte a un riservatario qualsiasi (art. 1026) e in ispecie quelle in favore del coniuge superstite e dei figli naturali (art. 920). Quando il donante ha compiuto delle donazioni ai legittimari, il semplice fatto che la donazione è in



favore dei legittimari fa presumere che egli abbia voluto anticipare sulla quota legittima che sarebbe per venuta ai riservatari al momento dell'apertura della successione. Omai, quando le donazioni o i legati sono fatti ai legittimari, la legge va al di là della volontà del donante o testatore, perché dispone che se anche si sia espressa dispensa da imputazione nella legittima, tale dispensa non ha efficacia contro i donatari anteriori. In tali casi, dunque, la donazione non deve imputarsi nella disponibile, ma nella quota di riserva; come che anche se tutte le donazioni complessivamente prese superano apparentemente la quota disponibile, pure quest'apparenza può essere contraria alla realtà, perché se parte delle donazioni furono fatte in anticipazione della legittima, bisogna sottrarle dalla quota di riserva. Supponiamo il caso che l'attivo complessivamente considerato ascende a £ 100.000, di cui 60.000 sono rappresentate da donazioni. Mettiamo che di queste 60.000, £ 20.000 furono fatte a titolo d'anticipata legittima ed ecco che le £ 20.000 di questa donazione non si debbono sottrarre dalla quota disponibile; dimodoché non si può essere nel caso considerato azione di riduzione per lesa legittima, perché questa fu integralmente rispettata. Perciò la necessità di quest'operazione, che si dice imputazione e che consiste nel calcolare le donazioni o sulla parte legittima o sulla parte disponibile.

Invalidi sono le donazioni che debbono imputarsi sul



La disponibile? Tutte le donazioni fatte agli estranei, a coloro che non avevano diritto alla riserva, ancorché<sup>2</sup> parenti, e le donazioni fatte agli stessi legittimari, ma con dispensa espressa di collazione, oppure le donazioni fatte agli stessi legittimari anche senza dispensa di collazione, se il legittimario premuove al donante senza lasciare eredi, aventi diritto a succedere per rappresentazione, o se il legittimario rinuncia all'eredità. Oiverso, nel caso che il legittimario premuove al donante senza lasciare eredi, e aventi il diritto di rappresentazione sotterraneo agli altri coeredi, i quali hanno il diritto ed il dovere di considerare la donazione fatta al premorto come se fosse stata fatta ad estraneo, perché la qualità di legittimario non si acquista che al tempo dell'apertura della successione: al tempo della donazione non può sussistere che la possibilità d'essere legittimari, sicché la donazione che per se stessa avrebbe potuto imputarsi nella riserva, ove il donatario avesse acquistato la qualità di legittimario, deve imputarsi nella disponibile, perché quella qualità non si ebbe mai a causa della premorienza. Parimenti nel caso in cui il legittimario rinuncia all'eredità, egli viene considerato come se mai fosse stato chiamato all'eredità, e quindi come se non fosse riservatario; onde la donazione fattagli non deve imputarsi sulla legittima, ma sulla parte disponibile.



Quando l'imputazione sia stata fatta, allora solo può risultare chiaramente se il defunto ha ecceduto o no i limiti della quota di cui poteva disporre.

Le cose dette fin' ora non presentano grande difficoltà; vi sono però delle quistioni alle quali debbo accennare brevemente. Prima di tutto di quali donazioni s'intende parlare in materia di riduzione? Abbiamo detto che tutte le donazioni debbono fittiziamente riunirsi alla massa. Ora che s'intende per donazioni?

Per donazioni la legge intende qualsiasi liberalità ancorché non sia fatta sotto forma di atto pubblico, non sia vera e propria donazione, quindi anche le donazioni con dette indirette, anche le donazioni simulate sotto apparenza di atto oneroso: tutto ciò insomma che importa un lucro senza corrispettivo.

Ovvi solo non bisogna guardare alla forma, ma nemmeno bisogna guardare al tempo in cui la donazione fu fatta. Supponiamo che la donazione venne fatta 30, 40, 50 anni prima della morte del defunto, essa è soggetta a riduzione. Una sola specie di donazione è eccettuata dalla riunione fittizia, cioè quei regali d'uso che si fanno in occasione di nozze, di onomastico, ecc.; come pure tutto ciò che è dato per elemosina, per sottoscrizione, per pubblica utilità, ecc.

Che dire della costituzione di dote? E' essa sog



atta a riduzione? L'opinione dominante ritiene la  
 alternativa: pochi autori sostengono il contrario. E  
 non che tenuto conto della duplice natura  
 della costituzione di dote si debba venire alla  
 conclusione ch'essa è riducibile solo rispetto alla  
 dotata, per cui è donazione, non già rispetto an-  
 che al marito, per cui è atto oneroso. Quindi se  
 la dote è di specie, si dona sciogliere l'usufrutto  
 dalla nuda proprietà: per rispettare quello spettan-  
 te al marito, e far tornare questa spettante al-  
 la moglie nel patrimonio ereditario, per quan-  
 to occorre a integrare tale legittima. Se poi si  
 tratta di dote di quantità, siccome la proprie-  
 tà passa al marito, e la donna non ha che un  
 credito; all'effetto della riduzione dovrà valutarsi  
 questo credito secondo il suo valore al giorno del-  
 la restituzione di dote, sulla base di un calcolo  
 di probabilità circa la vita dei coniugi e la du-  
 rata del matrimonio dal cui scioglimento di-  
 pende l'esigibilità di esso. (Cf. in questo senso Asco-  
 li-Donazioni - pag. 492-493).

Ora, ciò ch'è più importante si è che se vi sono  
 degli atti che pur non essendo in sé delle vere  
 donazioni per presunzione di legge si considerano  
 tali. Di ciò si occupa l'art° 811 C.C. di prima vista  
 quest'articolo è di colore oscuro; esso è così concepito:  
 « Il valore della piena proprietà dei beni che  
 nati ad un legittimario a capitale perduto o con



riserva d'usufrutto, sarà imputato nella porzione disponibile e l'eccedente sarà conferito nella massa. Dalla lettura di quest'articolo si rileva subito che sono considerate come donazioni perché se ne imputa nella disponibile sono soggette a collazione: 1°) le alienazioni a capitale perduto, 2°) le alienazioni con riserva d'usufrutto, se siano state fatte ad un legittimario. Prima di tutto vediamo che s'intenta per alienazioni a capitale perduto. Tali sono le alienazioni in cui il capitale si può dire perduto, inquantoché non si ha un corrispettivo proporzionato al valore dei beni alienati. Il tipo dell'alienazione a fondo perduto è la cessione d'un fondo, o d'un capitale per avere una rendita vitalizia, perché la rendita vitalizia che si percepisce non corrisponde, anche complessivamente considerata, al capitale che s'è alienato. Questo perciò, si dice perduto, perché al tempo della morte dell'alienante non si trova niente nel suo patrimonio, in quanto la rendita cessa al cessar della vita. Un altro caso d'alienazione a fondo perduto è il seguente: Supponiamo che un tale abbia due fondi rustici, ma non abbia una casa. Allora cede un fondo rustico ad un altro, il quale gli concede in cambio l'usufrutto d'una sua casa. L'usufrutto della casa che si dà in cambio della proprietà del fondo rustico, evidentemente non è un corrispettivo del bene



che s'acquista, ma solo è un corrispettivo dei frutti; il capitale è perduto.

L'altro caso che fa la legge nell'art. 911 è l'alienazione con riserva d'usufrutto, alienazione s'intende, a titolo oneroso, non già gratuito; perchè se si tratti di donazione con riserva o no d'usufrutto, essa è sottoposta alla regola comune a tutte le donazioni, e non nasceva per essa il bisogno di una speciale disposizione di legge. Il caso può essere questo. Un tale vende un fondo, e in luogo d'una parte di prezzo si fa concedere l'usufrutto del fondo stesso che ha venduto. Ora in questi casi, evidentemente, non si può parlare di donazioni vere e proprie; si tratta di alienazioni onerose sebbene il corrispettivo non sia adeguato al valore del bene alienato. Pure la legge le considera per presunzione juris et de jure come donazioni simulate sotto forma di contratti onerosi e le sottopone inoltre all'imputazione nella quota disponibile. Perchè la legge ha così disposto? V'è una ragione storica che si trova nella legislazione francese. La legge 17 nevoso anno 77 non solo ridusse a ben piccola cosa la porzione disponibile, ma vietò ancora di donare tale porzione a uno dei successibili. Perciò il legislatore prevedendo che la sua severa disposizione sarebbe stata certo ed assai facilmente elusa per mezzo di conversioni simulate



onerosa, e in specie di alienazioni a fondo perduto, e rendite con riserve d'usufrutto, dichiara nulle siffatte alienazioni. Il codice Napoleonico, avendo riconosciuto la libertà di donare la disponibile anche ai successibili, non potè dichiarare la nullità di quelle convenzioni; onde, pur ritenendo la presunzione di frode alla legge e di simulazione, si limitò a considerarle come donazioni, e come donazioni della quota disponibile; tanto più che simili atti per lo più s'adoparano praticamente per nascondere vere donazioni, e senza la presunzione posta dalla legge, sfuggirebbero alla riduzione con danno evidente degli altri legittimari. Quali sono gli estremi perchè si abbia questa presunzione rigorosa di legge? 1<sup>a</sup>) Dunitutto occorre che vi sia un'alienazione a fondo perduto, o con riserva d'usufrutto in favore dell'alienante. Perciò la presunzione non riguarda la costituzione di rendita perpetua, inquantochè qui il capitale non è perduto, essendo perpetua la rendita, e potendo il debitore avvalersi del diritto di affrancazione col pagare un capitale che è corrispettivo del bene alienato. 2<sup>a</sup>) La presunzione riguarda il caso di alienazione in cui parte del corrispettivo sia una costituzione d'usufrutto sul fondo alienato in favore di un terzo: la legge parla di riserva d'usufrutto, e la riserva non esiste che rispetto all'alienante. 2<sup>a</sup>) In secondo luogo occorre che l'alienazione a fondo perduto o con riserva d'usufrutto sia fatta al legittimario sia esso ascendente, discendente, figlio naturale



o coniuge superstite dell' alienante. Ma chi dev'essere considerato come legittimario, agli effetti della presunzione; chi era presuntivamente tale al tempo del contratto, ancorchè non sia realmente al tempo della morte dell' alienante? chi è realmente legittimario al tempo dell' apertura della successione, ancorchè non fosse stato tale in via presuntiva al tempo del contratto? oppure chi non solo era legittimario presuntivo al tempo del contratto, ma è anche realmente legittimario al tempo dell' apertura della successione? Certo non basta avere la qualità di legittimario al tempo della morte del donante, se non s'era tale presuntivamente al tempo del contratto; perchè altrimenti mancherebbe la base naturale e di fatto della presunzione di legge, la quale si fonda sul sospetto che il de cuius abbia voluto beneficiare un legittimario solo a danno degli altri. È necessario dunque che l' alienazione sia stata fatta a chi presuntivamente era legittimario. Ma occorre che tale qualità si abbia effettivamente al tempo della morte dell' alienante? No, perchè anche nella ipotesi che tale qualità più non sussista, resta sempre il sospetto di frode, e quindi s'è sempre la base della presunzione di legge; e perchè altrimenti si potrebbe eludere facilmente il precetto legislativo mediante rinuncia all' eredità compiuta dal legittimario. Però, è da notare che non tutti gli autori consentono in quest'opinione 3°) In terzo luogo la presunzione di legge non va applicata, se non in favore



di quelli che sono eredi riservatari, in riguardo dei quali fu unicamente introdotta. Onde è possibile la rinunzia ad avvalersi di tale facoltà, non solo dopo l'apertura della successione ma anche prima. Cosicché, mentre la legge stabilisce la regola generale, che già abbiamo notata, per cui non è possibile rinunziare al diritto di riduzione durante la vita del donante né con dichiarazione espressa, né con dichiarazione tacita, qual'è il prestare assenso alla donazione (art. 1092); invece nell'art. 811 si dispone che l'imputazione delle alienazioni a fondo perduto con riserva d'usufrutto e la riduzione di esse (la legge dice impropriamente collazione) non possono domandarsi da quei legittimari che abbiano prestato il loro assenso a simili alienazioni.

Infine è da notare che oltre questa deroga ai principi riguardanti la riduzione delle donazioni la legge ne ha fatto altre due rispetto alle donazioni presunte di cui ci occupiamo per temperare al rigore eccessivo della presunzione assoluta, che però molte volte esser contraria a realtà. Esse sono: 1°) Mentre di regola le donazioni fatte a un legittimario, salvo dispensa espressa, sono da imputare nella legittima; le donazioni presunte di cui ci occupiamo vanno per legge imputate nella disponibile: in tal guisa il legittimario non resterà privo della sua legittima in tutto o in parte, come accadrebbe se, ove l'alienazione fosse stata realmente onerosa, egli l'avrebbe dovuta imputare come donazione nella legittima. 2°) Mentre di regola i beni donati eccedenti la disponibile



debbono rilasciarsi in natura, qui la legge parla di valore eccedente la disponibile che deve conferirsi nella massa onde il legittimario che ha acquistato uno o più beni per alienare a fondo perduto o con riserva di usufrutto non sarà tenuto a subire la riduzione rilasciando in natura la parte eccedente la disponibile, ma basterà che ne paghi il valore.

La presunzione di legge stabilita nell'art. 811, secondo l'opinione prevalente, confortata del resto dalla storia e dalla lettera della legge medesima, non ammette possibilità di prova in contrario.

---



## Lezione XXIII<sup>a</sup>

### Sommario

Esercizio dell'azione di riduzione - Inefficacia delle disposizioni testamentarie - Riduzione della liberalità testamentaria - Riduzione delle donazioni - Carattere dell'azione di riduzione contro i donatari - contro i terzi - Insolubilità d'un donatario - Eccezioni alle regole generali intorno alla riduzione - L'art° 810 - L'art° 826 -

Quando s'è formata la massa ereditaria e si sono imputate le donazioni nella parte legittima o nella disponibile, allora solo si può vedere s'è il caso dell'azione di riduzione.

Possono darsi tre ipotesi: 1°) che la quota disponibile si trovi assorbita dalle donazioni tra vivi; 2°) che le donazioni non assorbano la disponibile sicché resti un margine anche per le liberalità testamentarie, le quali cumulate con le donazioni eccedono la disponibile; oppure che donazioni non vi siano state, ma le liberalità testamentarie da sole eccedano detta quota; e 3°) finalmente che le donazioni stesse eccedano la quota disponibile.

Nella prima ipotesi, cioè ove la disponibile sia stata tutta esaurita con le donazioni, se non c'è testamento non c'è da far nulla; i legittimari si contenteranno della riserva, se c'è testamento in cui



siano state fatte delle liberalità (a titolo d'istituzione d'erede o di legato) siccome la quota disponibile è rimasta assorbita dalle donazioni, è evidente che tutte le disposizioni testamentarie a titolo universale o particolare restano senza effetto, perchè con esse il testatore ha disposto di cose di cui non poteva disporre (art. 823)

Nella seconda ipotesi, che cioè la quota disponibile non resti assorbita dalle donazioni, ma venga sorpassata dalle donazioni e liberalità testamentarie prese insieme, o da queste ultime soltanto bisogna procedere alla riduzione delle liberalità testamentarie dinnoche si ha l'inefficacia parziale di queste liberalità. Con qual criterio si procede alla riduzione delle disposizioni testamentarie per cui non basta la quota disponibile? Non si bada anzitutto se si tratti di disposizioni testamentarie a titolo universale o a titolo particolare: tanto le une che le altre sono soggette egualmente a riduzione, senza preferenza di sorta, né si bada se le liberalità furono fatte in favore di una persona piuttosto che di un'altra; se si contengono in un testamento anteriore o posteriore di data; tutto ciò non importa; si riducono contemporaneamente ed in proporzione della loro entità (art. 824.)

Si capisce la ragione per cui non c'è tra le varie liberalità una preferenza, perchè specialmente nel Diritto nostro istituzione d'erede e legati hanno uguale importanza, non essendo l'istituzione d'erede necessaria per la validità del testamento, e non aven-



do perciò i legati esistenza subordinata e dipen-  
dente dall'istituzione d'erede: e d'altra parte tutte  
le liberalità testamentarie non prendono vita che dal  
momento della morte del defunto; e quindi la ridu-  
zione deve essere simultanea e proporzionale. Però benis-  
simo il defunto può fare eccezione a questa regola. Il  
testatore può disporre che un legato, un'istituzione di  
erede, debba essere preferita alle altre liberalità testa-  
mentarie; ove egli abbia espresso quest'intenzione in un  
modo qualsiasi: la liberalità preferita non si deve toc-  
care, se non dopo la riduzione delle altre disposizio-  
ni, di modo che solo quando il valore delle altre li-  
beralità non fosse sufficiente a integrare la quota  
di riserva, si può toccare la liberalità preferita dal te-  
statore. Ciò è giusto perchè la riduzione simultanea e  
proporzionale delle varie liberalità testamentarie senza  
distinzione alcuna ha per base la presunzione della  
volontà del testatore; mancando questa presunzione, la  
volontà espressa del testatore dev'essere rispettata fino  
ai limiti della quota disponibile. Ma se il testato-  
re abbia detto in termini assoluti che un dato le-  
gato dev'essere sempre rispettato, anche se restasse  
lesa la legittima, questa volontà non dev'essere rispet-  
tata nella sua integrità, ma solo si dovrà procede-  
re alla riduzione della liberalità preferita, dopo aver toc-  
cato le altre liberalità (art. 825).

Consideriamo ora l'ipotesi, che cioè la quota  
disponibile sia stata sorpassata dalle stesse donazioni,



allora, come dice la legge, le disposizioni testamentarie sono senz' efficacia, e inoltre per integrare la legittima bisogna procedere alla riduzione delle donazioni. Come si procede a tale riduzione? Non più collo stesso criterio stabilito per le liberalità testamentarie; perchè mentre le liberalità testamentarie avendo efficacia solo dal giorno della morte del testatore, hanno tutte data uguale, onde non si può essere preferenza tra una liberalità e un'altra, diversamente accade per le donazioni. Queste avvengono in tempi diversi e perciò non possono tutte trattarsi alla stessa stregua: una donazione fatta in tempo in cui il donante poteva ancora disporre liberamente di una parte del suo patrimonio senza menomare la legittima, non può trattarsi come la donazione che fu lesiva della riserva. E poi c'è il principio dell' irrevocabilità della donazione, che non permette di procedere alla riduzione della donazione se non quando ciò è strettamente necessario. Se il criterio ammesso dalla legge per le liberalità testamentarie si fosse applicato alle donazioni, ne sarebbe derivata indirettamente la facoltà nel donante di revocare una donazione già fatta compiendone delle posteriori. Supponiamo che il donante abbia fatta una prima donazione che assorbe tutta la quota disponibile, e dopo ne fa un'altra a persona diversa: se al tempo della sua morte i legittimari avessero diritto di ridurre egualmente le due donazioni, ne verrebbe la conseguenza evidente che il donante sola



seconda donazione avrebbe indirettamente revocato la precedente. Perciò era impossibile scegliere per le donazioni lo stesso criterio seguito per le liberalità testamentarie; onde la legge ha accolto invece il criterio dell'ordine successivo e retrogrado. Il che significa la riduzione doversi incominciare dalla donazione che fu l'ultima in data, e se la riduzione di questa non sia sufficiente si risale alla penultima, poi all'antipenultima e così di seguito fino a risolvere alla prima. Questo è detto nell'art. 1093.

Che carattere ha l'azione di riduzione contro i donatari? L'azione di riduzione che s'esperimenta contro i donatari è un'azione in risoluzione della donazione. L'azione di riduzione contro i donatari nell'ordine stabilito dalla legge, importa lo stesso effetto che segue al verificarsi di una condizione risolutiva; in altre parole la legge reputa che quando alcuno avendo eredi riservatari dona senza limitarsi alla quota disponibile, egli dona sotto la condizione risolutiva se non sia lesa la legittima; perchè la donazione resta revolta ove ne venga a risultare lesione della quota legittima al tempo della morte del donante. Quindi è un'azione di carattere personale, inquantochè è rivolta contro il donatario, come qualunque altra azione di risoluzione. La conseguenza è questa: Pariamo che il donatario abbia posseduti i beni donati per 30, 40, 50 anni dal giorno della donazione; ciò non importa; egli non potrà dire: io ho usucapito, perchè non si



tratta d'intentare contro di lui un'azione reale che riconosce il suo diritto di proprietà, ma s'esperimenta un'azione personale, la quale è soggetta soltanto alla prescrizione estintiva trentennale, ad incominciare dal giorno in cui l'azione poteva esercitarsi, cioè dal giorno dell'apertura dell'eredità.

Su forma di quest'azione di risoluzione a che cosa è tenuto il donatario? Deve restituire i beni ricevuti, se esistono in natura, come avviene nella risoluzione di qualsiasi contratto; se non può restituirli in natura dovrà restituire il valore. Che cosa avverrà per i frutti? Dovrà restituire tutti i frutti percepiti nel tempo, o avrà diritto di farli suoi? Si deve in altri termini considerare possessore di mala o di buona fede? Non si può dire né l'una cosa né l'altra: il donatario che possiede i beni donati prima che si eserciti l'azione di risoluzione non si può equiparare al possessore di buona o di mala fede. Egli non è possessore e proprietario, e i principii che concernono il possesso di buona o di mala fede non gli sono applicabili a rigore. Il volere applicare rigorosamente il principio della risoluzione ne verrebbe la conseguenza che siccome il contratto si reputa come non mai avvenuto dovrebbe restituire tutto. La legge però ha seguito un criterio diverso. L'art. 1094 C.C. non ha accolto il principio concernente il possesso di buona fede, perché mentre il donatario considerato come possessore di buona fede verrebbe a fare suoi i frutti fino al



giorno della domanda giudiziale, per la legge nostra invece il donatario fa suoi i frutti fin dal giorno della morte del donante se l'azione è esercitata entro l'anno dalla morte, se dopo, fa suoi i frutti fino al giorno della domanda giudiziale. È questa conseguenza che fa differire il donatario sia dal possessore di buona che di mala fede. Ma l'azione di riduzione sebbene personale ha efficacia reale, né più né meno che tutte le azioni di risoluzione e di annullamento dei contratti, salvo eccezioni poste dalla legge: risoluto cioè il contratto cadono i diritti dei terzi che ne presupponevano l'esistenza e si fondavano su di esso. Di qui segue che sperimentata l'azione di riduzione contro il donatario tutti i diritti acquistati dai terzi medio tempore svaniscono, in base al principio: «*resoluto jure dantis resolvitur et jure accipientis*». Ovviene lo stesso che in tutti i casi in cui si fa un contratto sotto condizione risolutiva, chi acquista una cosa sotto condizione è proprietario fino a che la condizione non si verifica; egli può alienare, ipotecare concedere servitù; ma se la condizione risolutiva si verifica, che cosa accade? Il contratto, considerandosi come non fatto, i diritti dei terzi vengono ad essere risolti. Perciò, se il donatario ha concesso ipoteca servitù, usufrutto, diritti d'enfiteusi sul fondo donato, sperimentata l'azione di riduzione siccome questa ha efficacia risolutiva i diritti dei terzi cadono. Questo è detto espressamente dal codice nell'art. 1095. Qui però debbo



rilevare un' inesattezza nell' espressione della legge. L' art. 1095 dice: gl' immobili da recuperarsi in conseguenza della riduzione, saranno liberi da ogni debito ed ipoteca contratta dal donatario. Ora i debiti non gravano sul fondo ma sulla persona; sono i pesi reali che gravano sul fondo; la legge ha usato questa parola in senso improprio per indicare gli oneri reali, un aggravio qualsiasi che pesa sul fondo come i debiti sulla persona.

Ma che cosa deve dirsi nel caso che il donatario non abbia costituito semplicemente un diritto reale; ma abbia alienata l' intera proprietà dell' immobile? Volendo applicare il principio « *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis* » anche le alienazioni fatte ai terzi dovrebbero svanire, come svanisce il diritto d' usufrutto, d' enfiteusi, di servitù prediale, d' ipoteca acquistata dal terzo. Ma la legge provvedendo alla condizione del terzo ha posto un' eccezione al principio. Quando il fondo acquistato per donazione sia stato alienato dal donatario, solo costui subisce l' azione di riduzione, onde è obbligato a pagare il valore del fondo alienato, tenuto conto dello stato in cui era al tempo della donazione, ed il valore corrente al tempo della morte del donante; e ciò perchè l' acquisto della proprietà fatto dai terzi sia rispettato. Ma supponiamo che l' erede riservatario dopo avere sperimentato la sua azione di riduzione non trovi nulla nel patrimonio del donatario per potersi soddisfare del valore dei beni



immobili donati; che cosa segue? Il riservatario ha diritto d'esercitare la sua azione contro il terzo; e sicché mentre per principio generale l'erede riservatario avrebbe diritto d'agire contro il donatario soltanto, in questo caso può agire contro il terzo. Come agisce contro il terzo? L'azione contro il terzo ha carattere speciale, diverso dall'azione di riduzione, questa è un'azione personale che ha lo scopo di risolvere il contratto, invece l'azione che si sperimenta dopo avvenuta la risoluzione del contratto di donazione, ha carattere d'azione reale. Non è proprio vera rivendicazione, perché il legittimario non deve fare la prova della proprietà dell'immobile che si trova presso il terzo, bastando esibire la sentenza che condanna l'autore del terzo a restituire il fondo donatogli perché eccedente la legittima, e provare che l'eccezione dei beni del donatario è riuscita vana; ma è un'azione analoga in quanto che in base alla risoluzione del contratto di donazione i beni si considerano rientrati nel patrimonio del donante, e perciò l'erede ha diritto di perseguirli presso chiunque si trovino. Quest'azione reale contro il terzo la legge la dice azione di richiamo o di rivendicazione il che vuol dire che non è la vera, la propria, l'originaria azione di riduzione, è un'azione consequenziale all'azione di riduzione che si può chiamare meglio azione di revindica.

Il terzo deve restituire le cose in natura, secondo i principi generali. Se non vuole restituire le cose in na-



tura ha altro diritto? Il codice tace ma giustamente gli autori concordano nel ritenere che il terzo abbia diritto di pagare all'erede il valore del fondo. E, diverso, se ove il donatario non può restituire la cosa in natura per averla alienata, il riservatario deve contentarsi del valore, onde, solo quando non possa ottenere nemmeno questo per insufficienza dei beni del donatario può rivolgersi contro il terzo, ragion vuole che debba contentarsi che il terzo gli dia quel valore che avrebbe solo potuto pretendere dal donatario, stante la seguita alienazione. A questo proposito debbo richiamare alla vostra mente i diversi criteri che ha seguito il codice a tutela dei terzi. In tutt'altri casi la legge ha salvato i diritti dei terzi, come per esempio nel caso di revocazione di donazione per ingratitudine o per sopravvenienza di figli inquantochè i terzi ancorchè sia revocato il titolo dell'alienante, pure sono rispettati: e ciò senza distinguere tra acquisti compiuti dai terzi a titolo oneroso o a titolo gratuito, in buona o in mala fede. Altre volte la legge ha rispettato i diritti dei terzi ove questi li avessero acquistati in buona fede e a titolo oneroso, come nel caso di azione pauliana, e di alienazioni compiute dall'erede apparente. L'ora invece abbiamo che i terzi non sono rispettati ancorchè siano di buona fede, cioè ancorchè non sapessero che il loro autore ha riservato una donazione eccedente la quota disponibile, e ancorchè abbiano acquistato a titolo oneroso. La legge così mentre in certi casi ha voluto proteggere maggiormente



te i diritti dei terzi, in questo è stata molto rigida ed ha voluto proteggere più il diritto del riservatario che quello dei terzi. Vero è che il terzo che ha acquistato a titolo oneroso avrà sempre la sua azione di garanzia contro l'alienante, ma quest'azione di garanzia è nominale, che non produce effetto pratico; perché quando è che il riservatario può rivolgersi contro il terzo? Quando non ha trovato nulla nel patrimonio del donatario. Dunque è evidente che il terzo sarà garantito nominalmente dall'azione di garanzia contro l'alienante, inquantoché non troverà niente nel patrimonio di costui, e quindi tutto il danno sarà del terzo. La legge perciò non avendo voluto considerare nemmeno la condizione speciale in cui si trova il terzo quando ha acquistato a titolo oneroso ne esce molto dura.

Anche rispetto al terzo bisogna seguire un certo ordine nella riduzione perché supponiamo che il donatario o legatario abbia alienato i beni in più volte, contro chi si deve sperimentare l'azione di rivendicazione? Contro colui che ha acquistato per ultimo; se non basta, bisogna agire contro il precedente. Si segue insomma lo stesso criterio di ordine successivo e retrogrado che si segue contro i donatari, perché è sempre l'ultimo atto quello che viene a ledere la porzione legittima.

La legge però dà l'azione contro il terzo solo quando si tratta di cose immobili; mentre l'azione di riduzione riguarda tutte le dimensioni sia mobiliari che immobiliari. Contro il donatario perciò si può sempre sperimentare



l'azione di riduzione; invece quando il donatario ha alienato le cose donate, se sono cose immobili si può sperimentare l'azione contro il terzo, se sono cose mobili non si può sperimentare contro il terzo. La legge ha voluto favorire la circolazione dei beni mobili, tanto è vero che non ha permesso neanche al vero proprietario d'intentare l'azione di rivendicazione contro l'acquirente in buona fede se egli non era proprietario (art. 707).

Qui nasce una questione importante. Supponiamo che un donatario sia insolubile, e che sia donatario di cose mobili, dimodoché il riservatario non può rivolgersi contro il terzo. Questa insolubilità a carico di chi deve andare? Vi sono tre opinioni: alcuni dicono che la insolubilità del donatario deve andare tutta a danno dell'erede riservatario, il quale non può sperimentare l'azione di riduzione contro il precedente donatario, perché se è stata l'ultima donazione quella che ha lesa la legittima, sarebbe ingiustizia rivolgersi al donatario precedente, il quale potrebbe dire: al tempo in cui ebbi questa donazione, il patrimonio del donante era sufficiente a soddisfare la legittima; se il riservatario ha subito un danno, questo deriva non dalla donazione da me avuta, ma dall'insolubilità dell'altro donatario. Altri dicono: bisogna che soffra il precedente donatario, perché non si deve badare se la donazione soggetta a riduzione fu quella che portò la lesione della legittima al tempo in cui la donazione fu fatta; ma bisogna tener conto del risultato finale: se



veramente al tempo della morte del donante, e l'azione di legittima non s'è da por mente se al tempo in cui fu fatta una determinata donazione, e' era capienza oppur no; siccome il risultato finale e' la lesione della legittima il donatario precedente deve subire la riduzione, e quindi deve sopportare tutti i danni derivanti dall'insolubilita' del susseguente donatario. Queste opinioni sono entrambe rigorose, onde la giurisprudenza e la dottrina prevalenti seguono un'opinione intermedia equitativa. Quando si verifica l'insolubilita', il valore della donazione fatta al donatario insolubile, si deve sottrarre dalla massa ereditaria, come che' il danno dell'insolubilita' viene ad essere ripartito tanto sui donatari precedenti che sugli eredi riservatari. Questa e' una risoluzione equitativa, e che venne inculcata dal Pothier per il primo. Queste sono le regole generali intorno all'azione di riduzione delle donazioni e dei legati, poi vi sono le eccezioni un po' difficili, che bisogna studiare.

Una prima eccezione s'incontra nell'art. 810. Il principio generale e' che tutte le donazioni anche d'usufrutto sono soggette a riduzione. Per esercitare la riduzione bisogna calcolare il valore dei beni donati. Come si fa a calcolare una donazione d'usufrutto, di rendita vitalizia? Il calcolo non e' facile, perche' bisogna tener conto principalmente della probabilita' di durata della vita dell'usufruttuario. Ora v'e' un caso in cui la legge per impedire questo calcolo appross



sumativo dell' usufrutto o della rendita vitalizia esen-  
 ta addirittura da riduzione le donazioni d'usufrutto  
 o di rendita vitalizia. Questo caso è considerato  
 dall' art. 810, che a prima vista non riesce molto chia-  
 ro. La legge fa l'ipotesi di liberalità testamentaria,  
 ma lo stesso vale anche per le donazioni. Una per-  
 sona ha donato o ha lasciato per testamento un usu-  
 frutto, oppure una rendita vitalizia il cui reddito co-  
 cede il reddito della porzione disponibile. Mettiamo  
 che la porzione disponibile sia di tale entità che se  
 ne avrebbe un reddito annuo di £ 1000; invece l'u-  
 sfrutto o la rendita vitalizia è di £ 1200 annue. Para-  
 gonando il reddito dell' usufrutto o la rendita vitalizia  
 col reddito della porzione disponibile, c'è eccedenza e  
 quindi a prima vista parrebbe che questa liberali-  
 tà fosse soggetta a riduzione. Questo però può non  
 essere vero; ci può essere eccesso nel reddito dell'u-  
 sfrutto o della rendita vitalizia, senza che vi sia ec-  
 cesso nel capitale; vi sarebbe eccesso corrispondente qua-  
 lora l' usufrutto o la rendita vitalizia fossero diritti  
 perpetui, perché allora l'eccedenza del reddito si ripro-  
 durrebbe nel capitale: ma ciò non essendo occorre un  
 calcolo difficile e complicato per constatare se siffatta  
 donazione abbia o no ecceduto la disponibile. La legge  
 non ha voluto questo per la considerazione che quan-  
 do il testatore od il donante fa la donazione d'usu-  
 frutto o di rendita vitalizia, riserva implicitamente  
 e necessariamente la nuda proprietà dei beni dati



in usufrutto, onde gli eredi riservatari si trovano in questa posizione che da una parte hanno quel che cosa di più di quello che loro spetta a titolo di legittima, in quanto hanno la nuda proprietà della disponibile e d'altra parte attualmente, temporaneamente, ricavano dai beni della riserva meno di quello che avrebbero diritto a ricavare, ove la donazione non si fosse stata. Perciò sebbene conservino il diritto a ricevere integra la quota di riserva, pure per raggiungere tale scopo la legge proibisce loro di procedere all'operazione regolare della riduzione, che importerebbe il grave inconveniente del calcolo, e invece dà ai legittimari la facoltà di scelta: o rispettare puramente e semplicemente la donazione e liberalità testamentaria fatta dal loro autore, ed allora hanno diritto alla porzione disponibile in proprietà nuda; o pretendendo integra la riserva, ed allora dovranno abbandonare la proprietà della quota disponibile in favore dell'usufruttuario. Il legittimario così potrà vedere se convenga più aver salva la quota di riserva, oppure contentarsi del poco oggi, per avere il molto domani, quando cesserà l'usufrutto o la rendita vitalizia. Perché si possa fare luogo a questa eccezione si richiede il concorso di certe condizioni rigorose. Anzitutto occorre che l'usufrutto o la rendita vitalizia sia un frutto unico, rendita vitalizia unica, che comprenda tutta la quota disponibile e la ecceda. D'altra parte si presuppone che gli eredi legittimari debbano tutti succedere an



che nella disponibile lasciata in nuda proprietà in parti uguali. Se vi sono più usufrutti, più rendite vitalizie, le quali cumulativamente eccedono il reddito della disponibile, non si applica l'articolo della legge; perché altrimenti, nel caso che i legittimari non vogliono rispettare la volontà del testatore, bisognerebbe ripartire la porzione disponibile tra i diversi usufruttuari, tra i diversi aventi diritto alla rendita e perciò bisognerebbe ricorrere a quel calcolo di capitalizzazione che la legge vuole eliminare. Non sarebbe nemmeno possibile l'applicazione di quella norma eccezionale quando i legittimari sono istituiti in parti disuguali, perché in tal caso, ove si preferisse il partito di abbandonare la disponibile, non verrebbe mantenuta la disuguaglianza voluta dal testatore; e il legittimario più favorito verrebbe a trovarsi nella stessa condizione del meno favorito. Perciò l'ipotesi della legge è questa, che vi sia un unico usufrutto, od un'unica rendita vitalizia, che abbracci tutti i beni disponibili e d'altra parte che i legittimari siano istituiti in parti uguali. E che l'art 810 riguardi l'ipotesi di rendita vitalizia unica, risulta anche dall'art 1731, in cui si dice che anche la costituzione di rendita vitalizia è soggetta a riduzione: onde perché non vi sia contraddizione tra i due articoli di legge, è forza ammettere che l'art 810 concerna solo il caso di unica rendita vitalizia che ecceda la disponibile.

Altra eccezione si trova nell'art 825. La riduzione si opera



re in natura. Questa si opera facilmente quando tutta la donazione lede la legittima, perché allora si restituisce il fondo per intero. Ma supponiamo che la donazione soltanto in parte debba essere ridotta. Come si fa allora? La legge dice nell'art. 826 che quando il legato è soggetto a riduzione e sia di un immobile, la riduzione si fa colla separazione d'altrrettanta parte dell'immobile. Supponiamo ora il caso che non possa farsi questo distacco, perché il fondo verrebbe deperito, e non avrebbe nessuna utilità né per il donatario o legatario, né per il legittimario; allora subentra il principio generale che si applica quando si deve procedere alla divisione di cose indivisibili o comodamente non divisibili, cioè esse si vendono, affinché i diritti dei vari comproprietari si risolvano sul prezzo. A questo principio si fa eccezione nel caso del capoverso di detto articolo. Mentre per principio generale le cose indivisibili o non comodamente divisibili dovrebbero vendersi in modo che né il donatario o legatario né il legittimario avrebbe la cosa in natura, la legge vi fa eccezione quando la donazione o il legato ha per oggetto un immobile il cui valore di per sé solo eccede quello della disponibile: distinguendo due ipotesi. 1°) che l'immobile ecceda oltre il quarto il valore della disponibile; 2°) che l'ecceda per una parte inferiore o uguale al quarto di tale valore. Ecco un esempio della prima ipotesi. La legittima è £ 50.000, il valore del fondo donato, legato è £ 90.000, quindi abbiamo un eccesso oltre il quarto. In tal caso il legittimario avrà diritto di avere l'intero immo-  
 ?



immobile, ed il donatario o legatario avrà diritto a conseguire in danaro il valore della disponibile. Invece, se l'eccedente non superi il quarto, ma sia uguale od inferiore al quarto, allora il diritto di ritenere il fondo spetta al legatario o donatario, non già al legittimario, che invece avrà diritto ad avere in danaro il valore eccedente la disponibile. Tutto, come si vede si riduce a calcolare qual'è il valore dell'immobile in confronto al valore della disponibile; se eccede il quarto allora il fondo spetta al legittimario, se non c'è tale eccedente il fondo spetta al legatario o donatario, salvo l'obbligo del rimborso anni notato.

La legge fa un altro caso che è contemplato nell'ultimo capov. dell'art<sup>o</sup> 826, cioè che il legatario o donatario sia nel tempo stesso legittimario; in questo caso il donatario o legatario può conservare tutto l'immobile anche se il valore dell'immobile ecceda il quarto della disponibile perché però il valore dell'immobile non superi il valore complessivo della disponibile, più quello della quota di legittima a lui spettante. Questo è chiaro e non c'era bisogno di disposizione espressa; perché in tal caso non v'è eccezione alle regole generali in quanto il legatario o donatario non conserva nulla di più di quello che gli spetta a titolo di legittima da una parte, e di disponibile dall'altra. Prima cosa importante risolvere l'altro caso, quando il donatario o legatario abbia avuto un fondo il cui valore ecceda la sua legittima e la disponibile riunite.



te insieme. Quale criterio bisogna applicare? Quello stesso indicato nel capov. precedente; se il valore dello immobile non supera di un quarto la sola disponibile, avrà diritto a tenersi tutto l'immobile, se tale cedenza non avrà diritto di conseguire la disponibile in denaro: e ciò si noti, anche se il valore dell'immobile non superi d'un quarto quello della disponibile più la legittima a lui spettante: altrimenti pensando, si rie<sub>2</sub> ne ad aggiungere alla legge.

Infine si da notare che per l'esatta applicazione dello art. 826 è necessario il concorso di queste condizioni:

- 1°) che si tratti di unica donazione o unico legato; 2°) che l'unica donazione o l'unico legato abbia per oggetto un solo immobile eccedente la disponibile.
-



## LEZIONE XXIV<sup>a</sup>

### Sommario

Obblighi dell'erede verso i terzi: cioè del pagamento dei debiti e pesi ereditari - Il principio della divisibilità dei debiti e sue conseguenze. Eccezioni al principio - Il principio della contribuzione proporzionale dei vari coeredi al pagamento dei debiti - Il diritto di regresso in favore di chi abbia pagato l'intero debito ereditario. La responsabilità *à ultra vires*: limite in favore dell'erede beneficiario.

Abbiamo parlato in qui dei diritti dell'erede verso i terzi, ora dobbiamo parlare degli obblighi dell'erede verso i terzi, e quindi, dei diritti dei terzi verso l'erede. Questi obblighi si riassumono nel pagamento dei debiti, e dei pesi dell'eredità. Ogni erede, appunto perché successore in *universum jus*, come sottentra al defunto in tutti i rapporti patrimoniali attivi, così sottentra ancora in tutti i rapporti patrimoniali passivi, onde l'obbligo del pagamento dei debiti. Questo principio discende dal concetto stesso dell'eredità e perciò non aveva bisogno di speciale dichiarazione della legge, la quale pure ne parla all'art. 1015. Per quali obbligazioni sono tenuti gli eredi? Gli eredi sono tenuti per tutte le obbligazioni del defunto ad eccezione di quelle che non si trasmettono e di cui



abbiamo parlato di già. Come sono tenuti gli eredi? Se  
 è un solo erede, egli solo risponderà di tutti i debiti; se  
 gli eredi sono più, la responsabilità è proporzionale alla  
 loro quota, perchè siccome i debiti si considerano come  
 facenti parte dell'universum jus, l'universum jus è, per  
 così dire, frantumato in quote non solo per la parte at-  
 tiva, ma anche per la parte passiva. Questa è consequen-  
 za del tutto logica, ma apporta però nocimento ai cre-  
 ditori ereditari, perchè mentre questi, vivo il defunto, ave-  
 vano il diritto di spuntare la loro azione contro un  
 solo, invece quando sono più gli eredi dell'unico debito-  
 re, dividendosi il debito proporzionalmente tra costoro,  
 vengono obbligati ad agire contro più debitori, che presi  
 insieme possono non presentare la stessa garanzia patri-  
 moniale dell'unico debitore originario. Dal principio che  
 gli eredi rispondono dei debiti ereditari proporziona-  
 mente alla loro quota, ne deriva che tutti i debiti  
 in generale tranne le eccezioni di cui parleremo, so-  
 no debiti i quali si dividono ipso jure ipsoque  
 facto tra gli eredi, al momento stesso della morte  
 del loro autore. Colla morte d'una persona i debiti ven-  
 gono divisi proporzionalmente alle singole quote dei  
 vari eredi, senza bisogno e prima che costoro ad-  
 divengano alla divisione. Da tale principio che si  
 trova fin nel Diritto antichissimo romano, derivano va-  
 rie conseguenze. Una si è che anche i debiti per qua-  
 li il defunto era tenuto col vincolo della solidarietà  
 si dividono tra i coeredi (art. 1198) Una persona A era



obbligato in solido con un'altra B a pagare una somma di danaro a Tizio. Muore A, uno dei condebitori solidali, la solidarietà si trasmette forse agli eredi? Ciascuno dei vari eredi di A è sì o'egli debitore in solido? Niente affatto, tutti i vari coeredi di A uniti insieme saranno responsabili dell'intero debito, onde essi potranno essere convenuti in giudizio dal creditore, senza che questi sia obbligato a convenire l'altro debitore ancora vivente B; ma ciascuno di essi sarà sempre tenuto per la sua quota.

Un'altra conseguenza di quel principio è che, sebbene col l'accettazione pura e semplice avvenga confusione tra i beni del defunto e quello dell'erede, onde questi perde il suo diritto di credito verso il defunto, tale perdita non è totale, ma è limitata alla propria quota ereditaria. Supponiamo che uno di cinque coeredi avesse avuto un credito di £ 50.000 verso il defunto. Questo debito di £ 50.000, avvenuta la confusione, s'estingue forse totalmente? Se fosse unico l'erede, s'estinguerebbe; ma essendo cinque gli eredi, ciascuno dei quali ha una quota uguale a quella dell'altro, con l'erede creditore di £ 50.000 perde in forza alla confusione il credito per £ 10.000, ma conserva il credito per le restanti £ 40.000 che potrà esigere rivolgendosi a ciascuno degli altri coeredi, per avere da ognuno lire 10.000. La confusione così è limitata a ciò che il coerede avrebbe diritto di domandare come creditore ciò che avrebbe dovuto pagare come debitore in proporzione della propria quota.



Un' ultima conseguenza è che ove uno dei coeredi sia insolvente, l'insolubilità di esso va tutta a danno del creditore, il quale non può pretendere di ripartire la quota dell'insolvente tra gli altri eredi: il che è naturale, dato il principio della divisibilità dei debiti ereditari, e la conseguente mancanza di solidarietà fra i vari eredi. Però quando si tratti di debito ipotecario il codice dispone che l'insolvenza di un coerede è ripartita in proporzione in tutti gli altri (art. 1031).

Al principio della divisibilità vi sono parecchie eccezioni. Anzitutto possono derivare dalla volontà del testatore. Questi può accollare un debito ad uno piuttosto che ad un altro erede, senza che gli altri coeredi siano tenuti a niente. Però si noti, questa imposizione fatta dal testatore, è una cosa che riguarda i rapporti dei coeredi tra di loro, non già i rapporti dell'erede verso il terzo; il terzo ha sempre diritto di agire se meglio ciò gli convenga contro tutti i coeredi in proporzione della loro quota. La volontà del testatore non può togliere il diritto che la legge conferisce di avere debitori tutti gli eredi del defunto.

Un'altra eccezione che non ha efficacia rispetto al creditore, si ha nel caso in cui vari coeredi, facendo la divisione si siano accordati fra di loro perché uno paghi i debiti o un debito solo non pro rata, ma nella totalità, mentre gli altri gli danno in cambio qualche bene ereditario che non gli spetterebbe. Questo è un patto che costituisce accollo dei debiti, e, come tale, non ha



efficacia legale rispetto al creditore ereditario; in modo che costui non è obbligato a convenire in giudizio il soloerede che s'è accollato il debito: tranne però se egli non abbia acconsentito all'accollo e non abbia fatto per ciò una novazione.

Un'altra accerzione più importante di queste s'è nel caso di debito garantito da ipoteca. Quando v'ha un debito ipotecario, il creditore ha due azioni: azione personale contro il debitore ed azione reale sul fondo ipotecato. Ora per ciò che riguarda l'azione personale, il debito ipotecario è trattato come tutti gli altri debiti, cioè anche il debito ipotecario si ripartisce fra i vari coeredi in proporzione della quota di ciascuno di essi. Ma per ciò che riguarda l'azione reale, non tutti i vari coeredi sono tenuti, e ciò è naturale; se un solo coerede è il possessore del fondo ipotecato in garanzia del debito ereditario, ove il creditore agisca ipotecariamente coll'azione reale ipotecaria, è naturale che non possa agire che contro quello dei coeredi che possiede il fondo ipotecato: perciò questi soltanto risponde ipotecariamente dell'intero debito, come s'esprime l'art. 1029. Supponiamo però che il fondo ipotecato venga espropriato, ma il ricavato non sia sufficiente a soddisfare il creditore, che diritto ha costui? Ha diritto di agire personalmente; ma contro chi? Contro l'espropriato soltanto? No, ma deve rivolgere la sua azione anche contro gli altri coeredi, ripartendo il residuo del credito tra di essi e in proporzione delle loro quote. È perciò che la



legge dice che gli eredi sono tutti obbligati personalmente in proporzione della loro quota, mentre ipotecariamente l'obbligato per l'intero è un solo dei coeredi.

Infine un'eccezione anche più importante si ha nel caso di obbligazioni indivisibili o perché la natura della prestazione è tale da non prestarsi alla divisione (caso assai raro), o perché pure essendo in sé divisibile la prestazione, i contraenti la consideravano indivisibile (caso comunissimo); o infine, perché si tratta di uno dei casi in cui la legge statuisce ob incongruitatem solutio-  
nis ratealis fa espressa eccezione al principio della divisibilità (art. 1202 e 1205).

Quando s'avvera una di queste eccezioni, cioè quando uno dei coeredi paga l'intero debito o perché questa è stata l'ingiunzione del testatore o per accordo preso tra i vari coeredi o perché si tratta di debito ipotecario o indivisibile, che diritto ha egli contro gli altri? Per sapere che diritto ha bisogna esaminare quali sono i principi generali che regolano la materia della contribuzione ai debiti ereditari. Non bisogna confondere i principi che dianzi ho spiegato, con questi altri: sono principi corrispondenti, ma non identici.

Ho detto che i debiti si dividono ipso jure tra i vari coeredi del defunto; questo principio della divisibilità si ripercuote poi nei rapporti tra i vari coeredi, in quanto appunto da questo principio deriva che nei rapporti tra i vari coeredi, essi sono l'uno rispetto all'altro tenuti di contribuire al pagamento



dei debiti ereditari in proporzione delle loro quote. La contribuzione proporzionale al pagamento dei debiti tra i vari coeredi, è conseguenza del principio della divisibilità. Ma non sempre coincide con esso. Diversi i rapporti interni tra i vari coeredi, costoro sono obbligati a rilasciare un tanto in proporzione della loro quota per pagare i debiti; e quest'obbligo sussiste anche quando per la natura del debito che è ipotecario o indivisibile, uno solo sia costretto di fronte al creditore a pagare l'intero. E viceversa quando per patto d'accollo intervenuto tra i vari coeredi o per volontà del testatore, uno solo debba pagare il debito, l'obbligo di contribuire proporzionalmente vien meno; eppure ciò nonostante i vari coeredi sono sempre tenuti rispetto al creditore in proporzione della loro quota. Data la possibilità che la divisibilità dei debiti ereditari non sempre coincida coll'obbligo della proporzionale contribuzione al loro pagamento, ne seguono degli effetti de' quali si nota. 1°) Se il creditore agisce separatamente contro i vari coeredi pel pagamento d'un debito, il quale per volontà del testatore o per patto d'accollo intervenuto tra i vari coeredi, uno solo di essi è tenuto a pagare; la conseguenza sarà che i vari coeredi costretti a pagare la loro quota avranno diritto di rimborso contro quelli di loro a cui il debito fu accollato. 2°) Se invece uno solo dei coeredi è stato costretto a pagare l'intero debito, o perchè era tenuto in via ipotecaria, o perchè il debito era indivisibile, si avrà la



conseguenza inversa: chi ha pagato l'intero avrà diritto di regresso contro gli altri coeredi. Questo diritto di regresso s'è ancora, ove uno dei coeredi, senza avere l'acquiescenza donandi, abbia pagato volontariamente l'intero debito ereditario. Però tale diritto di regresso non si può esercitare contro gli altri coeredi che in proporzione della quota di ciascuno. Supponiamo che uno dei tre coeredi abbia pagato per intero un debito ereditario di lire 6.000, mentre egli doveva pagare soltanto £ 2.000. Per avere il residuo può agire in regresso contro un solo degli altri coeredi? No, deve agire singolarmente contro gli altri coeredi per avere da ciascuno la propria quota, cioè 2.000 lire da ciascuno. E ciò, notate, s'avvera non solo quando il coerede abbia pagato l'intero debito volontariamente, perchè allora la cosa si capisce, in quanto si tratta di una gestione di negozio nell'interesse degli altri e quindi si ha diritto all'azione parziale di regresso; ma anche nel caso di debiti indivisibili, e di debiti ipotecari (art. 1029). L'azione di regresso si svolge chiamando in giudizio i vari coeredi, dimodochè ciascuno sia condannato per la propria quota; se si chiama in giudizio un solo, non si può pretendere l'intero. V'è dippiù: tale diritto di regresso non si può esercitare contro ciascuno dei coeredi e per la quota individuale da essi dovuta, anche se il coerede che ha pagato l'intero debito ipotecario, avesse ottenuto surrogazione nei diritti ipotecari del creditore soddisfatto (art. 1030). Supponiamo che il creditore ereditario



avesse ipoteca sui parecchi beni del defunto. Egli ha sperimentato la sua azione ipotecaria contro uno dei coeredi, contro il coerede A, il quale possiede solo uno dei fondi ipotecati, mentre gli altri sono posseduti dagli altri coeredi. È principio generale che se il creditore sia soddisfatto da uno solo tra più debitori, chi ha pagato il debito, viene surrogato di diritto nelle ipoteche che il creditore aveva sui beni degli altri (art. 1255). Perciò in base alla legge il coerede ha, che essendo tenuto personalmente per una sola parte del debito, ha dovuto in forma dell'azione ipotecaria pagare l'intero, e quindi pagare per gli altri, è surrogato nella ipoteca spettante al creditore sui beni spettanti agli altri coeredi. Effetto naturale di tale surrogazione sarebbe che il coerede che ha pagato potesse rivolgersi in via ipotecaria contro il coerede possessore dell'altro fondo ipotecato per ottenere l'intero pagamento della parte di debito eccedente la sua quota. Ben nondimeno, la legge dispone diversamente nonostante la surrogazione, l'erede che ha pagato l'intero non può sperimentare il diritto di regresso per tutto il residuo contro l'altro debitore ipotecario, ma deve sperimentarlo contro i diversi coeredi per la quota personale di ciascuno (art. 1030). La legge ha voluto fare così una eccezione alla regola generale in materia di surrogazione, per lo scopo pratico importante di evitare il circuito delle azioni di regresso. Altrimenti, infatti, sarebbe avvenuto che il creditore obbligato a paga-



re ipotecariamente il debito, avendolo pagato, si sarebbe surrogato nei diritti del creditore soddisfatto, e avrebbe avuto il diritto di conseguire tutto il residuo dall'altro coerede; questo a sua volta pagando il doppio della sua parte avrebbe avuto il diritto di rivolgersi contro il terzo, il terzo contro il quarto e così di seguito. Ma l'ultima parte dell'art° 1030 non si capisce, almeno a prima lettura. Dopo avere enunciata questa regola speciale in materia d'azione di regresso, il codice aggiunge: « il coerede conserva per altro la facoltà di richiedere il pagamento del credito a lui personale, non altrimenti che qualunque altro creditore, detratta la parte che deve sopportare come coerede ». Vediamo a quale ipotesi la legge si riferisca per comprendere questa parte dell'articolo. Mentre nella prima parte si fa l'ipotesi di un coerede che paga egli solo un debito ereditario che grava su tutti i coeredi, in quest'ultima parte si fa l'ipotesi di un coerede che abbia un diritto di credito verso l'eredità, e si dice: per altro (ossia non ostante ciò che è stato detto nella parte precedente) il coerede conserva il suo diritto contro gli altri suoi coeredi, non altrimenti che qualunque altro creditore. Questo il significato letterale. Ma che vuol dire? Imaginiamo le possibili ipotesi. Supponiamo che si tratti d'erede puro e semplice. Egli per ciò che riguarda la propria quota non ha diritto a niente, in quanto per la confusione segue l'estinzione del credito limitatamente alla quota ereditaria; ma per le parti di debito dovute dagli altri coeredi, egli come qua-



qualunque creditore estraneo ha diritto ad avere dai va-  
 ri coeredi la parte di credito proporzionale alla quota  
 di ciascuno. Dalla lettera della legge invece parrebbe che  
 colla parola *per altro* si voglia fare contrapposto a  
 ciò che è stato detto precedentemente; e quindi si voglia  
 significare che il coerede il quale ha un credito perso-  
 nale contro l'eredità ha diritto di richiedere l'intero  
 da ciascuno degli altri coeredi, senza dividere la sua  
 azione tra gli altri. La qual cosa sarebbe assurda e  
 contraria agli stessi principii di legge, anzi alle stes-  
 se parole che in s. leggono « come qualunque altro  
 creditore », quando è risaputo che qualunque creditore  
 è tenuto a dividere la sua azione. Il codice Francese  
 però parla di coerede col beneficio dell'inventario, ma  
 anche con quest'aggiunta l'art. diventa oscuro; perché  
 l'accettazione con beneficio d'inventario impedisce l'estin-  
 zione del credito per confusione, ma non conferisce allo  
 erede beneficiario un diritto maggiore di quello spettante  
 a un creditore qualsiasi, quale sarebbe quello di non  
 essere costretto a ripartire il credito fra i vari coeredi  
 debitori. Come si spiega dunque questa contrapposizione?  
 Credo di doverla spiegare così: nella prima parte del-  
 l'articolo si parla di crediti ipotecari, onde perché la  
 contrapposizione sia logica, deve supponersi che anche  
 nell'ultima parte non si parli che di crediti ipoteca-  
 ri e non già personali soltanto. Virio prestò a Cajo £ 10.000  
 ed ebbe ipoteca sui vari fondi. Se non fosse stato erede di  
 Cajo, avrebbe avuto il diritto d'espropriare questi vari fondi; ma



Terzo è erede del suo debitore ed a lui è toccato in sorte uno dei fondi ipotecati. Certamente siccome è avvenuta la confusione egli perderà del suo credito la parte proporzionale alla sua quota, e conserverà la parte rimanente, contro gli altri coeredi. Ma come lo conserva tale diritto di credito? Lo conserva in modo da dover agire contro ciascuno dei vari coeredi, oppure lo conserva intero, in forma dell'azione ipotecaria? Lo conserva intero in forma dell'azione ipotecaria. Il coerede il quale è creditore ipotecario se perde la sua quota, cioè quella che egli stesso avrebbe dovuto pagare, in base al principio della confusione, non perde il diritto di agire ipotecariamente per tutta la parte rimanente contro gli altri coeredi e non è obbligato a dividere la sua azione. Così riesce intelligibile il contrapposto tra la prima e la seconda parte dell'articolo. La prima riguarda il coerede divenuto creditore ipotecario *ex post facto* in virtù della surroga; e la seconda riguarda il coerede che fin ab initio era creditore ipotecario.

Un'eccezione al principio generale del regresso che ha ogni coerede che paga l'intero, è segnata nell'art. 1028. Tra i debiti ereditari si può essere il pagamento d'una rendita. Supponiamo che il defunto abbia costituito una rendita semplice in favore di una persona che ha dovuto perciò dare l'ipoteca su un fondo. Alla sua morte questo fondo ipotecato in garanzia della rendita semplice spetta ad un coerede. Dal principio generale si dovrebbe necessariamente che il coerede che ha avuto questo fondo ipotecato in garanzia della rendita semplice, deve pagare egli stesso



lo la rendita annuale per intero, e siccome è tenuto a pagare egli soltanto il debito ipotecario, sebbene non sia tenuto personalmente che per la propria quota, verrebbe anche la conseguenza che ogni volta che egli paga la rendita, avrebbe il diritto di regresso contro gli altri coeredi. Questa sarebbe la conseguenza dei principî generali. Per evitare l'inconveniente pratico d'una periodica azione di regresso la legge ha dato il mezzo che è indicato dall'art. 1028.

Se la rendita è redimibile, come nell'esempio riportato, ciascun coerede prima di procedere alla formazione delle quote ereditarie può pretendere che gli immobili siano affrancati o resi liberi. Il capitale di affranco si pagherà pro rata dai vari coeredi, e così non si avrà più solo coerede tenuto a pagare l'intera rendita, e ad agire in regresso contro gli altri. Se la rendita non è redimibile, come nel caso di rendita vitalizia che deve durare finché dura la vita dell'individuo, in cui favore fu costituita, oppure anche se trattasi di rendita redimibile, ma gli eredi non abbiano proceduto all'affranco prima della divisione, in questi casi si deve nella disposizione stimare il fondo gravato dalla rendita, deducendo dal valore di esso il capitale corrispondente alla prestazione. Così il coerede cui toccherà il fondo gravato, sarà tenuto a pagare l'intero debito, ma non lo sopporterà per nulla di più di quello che lo sopporterebbe, pagando la propria quota soltanto. Egli ha però l'obbligo di garantire gli altri coeredi dell'esat.



to pagamento della rendita.

Queste sono le regole generali intorno al pagamento dei debiti ereditari. Abbiamo visto che ciascuno è tenuto a pagare una quota del debito proporzionale alla quota ereditaria. Ma fin dove s'estende questa responsabilità proporzionata alla quota ereditaria?

Si estende anche *ultra vires* o è compresa *intra vires haereditarias*? Il diritto di pagare i debiti per una rata proporzionale alla propria quota è cosa ben diversa dal diritto di pagare una parte del debito in proporzione dell'attivo compreso nella propria quota, sebbene a prima vista possano confondersi facilmente. Tre sono gli eredi, e tutti e tre in parti uguali. C'è un debito di £ 90.000, in modo che ciascuno è tenuto per £ 30.000: così vi è proporzione tra la quota ereditaria e la quota del debito. La quota rappresenta un terzo dell'intero asse, e un terzo appunto del debito dov'è pagare ogni coerede. Ma ciò significa forse che il debito è limitato alle forze ereditarie? Niente affatto; perché benissimo nella quota che rappresenta la terza parte dell'eredità può darsi non ci sia che un attivo di lire 10.000. Dunque sebbene io sia obbligato a pagare proporzionalmente alla mia quota, questa proporzionalità significa che se la mia quota rappresenta un terzo sarò obbligato per un terzo, se rappresenta un decimo, pagherò per un decimo; ma non significa che effettivamente



te il pagamento della quota del debito debba rientrare nei limiti dell'attivo contenuto nella quota ereditaria. Pur essendo principio generale, comune a tutti gli eredi che hanno accettato puramente e semplicemente o col beneficio dell'inventario, quello della ripartizione proporzionale del debito secondo la quota ereditaria; bisogna poi vedere come hanno accettato, per sapere se il pagamento sia dovuto intra od ultra vires. In fatti se hanno accettato puramente e semplicemente, debbono pagare, sempre in proporzione della quota, ma ultra vires. Se invece hanno accettato col beneficio dell'inventario sono tenuti sia a pagare i debiti ed i pesi in proporzione delle quote ereditarie, ma hanno però il diritto di pagare limitatamente alle forze ereditarie (art.º 968). Ecco dove si manifesta il particolare vantaggio derivante all'erede dal beneficio d'inventario. Notate a questo proposito che il nostro codice ha risolto una questione importante agitata sotto il codice francese; cioè che, come per il pagamento dei debiti, lo stesso deve dirsi per il pagamento dei legati. È vero che i legati non sono veri e propri debiti, perchè il defunto non li aveva in vita, sono dei pesi che sorgono al tempo della morte del defunto; pure la legge tratta alla stessa stregua tanto i crediti che i legati, nel



sensò che gli eredi puri e semplici sono obbligati a pagare anche i legati ultra vires. Il Pothier ed altri autori francesi sostenevano che l'erede puro e semplice fosse tenuto a pagare i debiti ultra vires, non già i legati, perchè il legato è un prelevamento dell'eredità, se c'è qualche cosa si paga; altrimenti no. Sarebbe altri sostenevano il contrario. Ora si capisce fino a certo punto che l'erede debba pagare i debiti, anche ultra vires, per rispetto al defunto (il diritto canonico in fatti stabilì che la responsabilità dell'erede dovesse essere uguale a quella del defunto per riguardo all'anima sua, che altrimenti sarebbe stata maledetta); ma non si capisce perchè lo erede debba essere obbligato anche ultra vires per il pagamento dei legati, quando il legato non rappresenta altro che una liberalità, e la liberalità per essere tale deve diminuire il patrimonio di chi la fa, non già il patrimonio altrui. nondimeno la legge ha accolto il principio rigoroso che l'erede puro e semplice deve pagare anche i legati, non solo i debiti ultra vires, al contrario dell'erede col beneficio dell'inventario (art. 968) Inoltre l'erede puro e semplice è tenuto a pagare i debiti ed i legati ereditari anche se non c'è denaro nell'eredità. Sarebbe quando si tratta d'erede col beneficio dell'inventario, costui non solo ha diritto di pagare entro i limiti delle forze ereditarie, ma ancora ha diritto di pagare coi



beni ereditari e coi soli beni ereditari paga intra vires, et cum viribus hereditariis. Su un solo caso l'erede beneficiario è tenuto a pagare col denaro proprio, sebbene intra vires, 1°) quando egli sia stato messo in mora a rendere i conti della sua amministrazione, e non l'abbia reso (art° 969 cap. 1°); e 2°) quando dopo la liquidazione del conto sia debitore d'alcune somme, fino alla concorrenza di queste (art° 969 cap. ult.)-

---



## Lezione XXV<sup>a</sup>

### Sommario

Si continua a discorrere delle regole speciali concernenti il pagamento dei debiti da parte dell'erede beneficiario. Indole dell'obbligazione di costui. L'istituto della cessione dei beni ereditari: sua giustificazione: natura: effetti: forma. Cautele introdotte dalla legge in vantaggio dei creditori, nell'ipotesi d'accettazione beneficiaria. Modo di pagamento dei debiti ereditari e dei legati. Preferenza dei creditori rispetto ai legatari. Se i creditori ereditari debbano subire il concorso dei creditori personali dell'erede.

Nell'ultima lezione parlammo delle regole speciali che vi sono circa il pagamento dei debiti, quando l'erede ha accettato col beneficio d'inventario. Da queste regole si desume facilmente quale sia la natura della responsabilità dell'erede beneficiario: a differenza dell'erede puro e semplice, l'erede col beneficio dell'inventario si può dire che non ha obbligazione personale a pagare i debiti ereditari: la sua obbligazione si può fare rientrare nella categoria delle obbligazioni che si dicono reali (obbligazioni propter rem, ob rem, ratione rei). In generale tutte le obbligazioni sono personali inquantochè il de-



titore deve soddisfarla con tutto il suo patrimonio presente o futuro. Invece l'obbligazione propter rem ha questa caratteristica, che pur essendo obbligazione e non essere reale, è garantita unicamente da certi beni, a cui è inerente, onde la conseguenza che se il valore della cosa non basta a soddisfare l'obbligazione, il proprietario di essa è esente da qualsiasi responsabilità. Una seconda conseguenza è che passando questa cosa da una persona ad un'altra, passa con la cosa anche l'obbligazione.

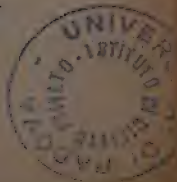
E finalmente un'altra conseguenza è che il proprietario della cosa, il quale non è obbligato personalmente, ma intanto risponde in quanto si trova con la cosa in quel rapporto da cui sorge l'obbligazione, si può da questo liberare abbandonando la cosa stessa. Ora queste conseguenze caratteristiche s'incontrano nell'obbligazione che incombe all'erede beneficiario. Se l'erede beneficiario non deve rispondere col proprio patrimonio dei debiti ereditari, è evidente che questi debiti avendo una garanzia circoscritta ai beni ereditari, sono debiti i quali ineriscono a questi, e perciò sono obbligazioni non già personali, ma propter rem, inerenti ai beni ereditari. Dimodoché se ci sono beni ereditari, c'è garanzia di quest'obbligazione; se non ci sono la garanzia non meno. Tanto vero che non solo la responsabilità dell'erede è limitata alle forze ereditarie, ma inoltre l'obbligazione dev'essere soddisfatta colle stesse cose ereditarie. Ciò posto si compren-



de anche un'altra conseguenza non rilevata bene dagli autori, conseguenza che ho accennato dianzi esponendo i principii generali delle obbligazioni reali. Una delle conseguenze che derivano dalla natura dell'obbligazione reale è che chi possiede la cosa cui inerisce l'obbligazione può liberarsi da ogni molestia dei creditori abbandonando la cosa, rinunciando al diritto che ha sulla cosa. Questo principio si vede applicato dal codice in più luoghi. In primo caso è allora quando si parla della comunione. Noi sappiamo che i vari comunisti sono obbligati a rifare a spese comuni la cosa comune. Questa è un'obbligazione propter rem. Il comunista può liberarsi abbandonando la proprietà del muro comune (art. 459).

Un secondo caso è quello in cui il proprietario del fondo servente è obbligato a fare le spese occorrenti per l'esercizio delle servitù; egli se ne può liberare abbandonando il fondo servente (art. 643). Un terzo caso è quello dell'enfiteusi: chi è dominus utile deve pagare il canone. Quest'obbligazione è inerente alla cosa; intanto si ha l'obbligazione in quanto si è enfiteuta. L'enfiteuta può liberarsi dall'obbligo di pagare il canone abbandonando il fondo enfiteutico, se una parte notevole di esso sia perita (art. 1560).

Un altro caso ancora è quello di un fondo gravato d'ipoteca. Il terzo possessore gravato d'ipoteca può liberarsi dalla procedura d'espropriazione, rilasciando il fondo e ciò perchè non si tratta d'obbligazione





personale, ma di obbligazione propter rem (art. 2013).  
 Ecco i vari casi in cui è attuato il principio generale che ogni qualvolta alcuno ha un' obbligazione propter rem, può liberarsi abbandonando la cosa. E questo principio generale troviamo applicato dal nostro codice, come dal codice Francese, rispetto all' erede col beneficio d' inventario. Il nostro codice dice che l' erede beneficiario tra gli altri vantaggi ha quello di liberarsi dai debiti ereditari, cedendo i beni a tutti i creditori, e a tutti i legatari. Conviene mentre in generale gli autori non sanno rilevare la connessione tra questo e gli altri vantaggi derivanti dal beneficio d' inventario, invece la connessione è logica ed evidente per le cose dette, perché se l' erede in tanto risponde dei debiti ereditari in quanto possiede dei beni ereditari e solo in proporzione di essi, è chiaro, che la sua è una responsabilità propter rem, dunque se egli vuole esonerarsi dal pagamento dei debiti, non gli resta che applicare il principio generale in materia di obbligazione propter rem, cioè d' abbandonare i beni ereditari. Ecco in che consiste la cessione dei beni ereditari fatta dall' erede col beneficio dell' inventario in favore dei creditori ereditari.

Posto questo si può meglio risolvere la questione su cui si discuteva intorno la natura di questa cessione. È dessa una rinuncia all' eredità, è un' alienazione dei beni ereditari, che non importa perdita della qualità di erede, è finalmente un semplice abbandono dell' am-



amministrazione, del possesso di questi beni senza perdita del diritto di proprietà? Alcuni antichi autori vollero sostenere che la cessione dei beni ereditari è una rinunzia all'eredità, perché quando l'erede beneficiario cede tutti i beni, viene a perdere qualsiasi vantaggio ereditario, quindi la cessione equivale a rinunzia. Quest'opinione fu presto abbandonata, perché non è possibile concepire la rinunzia d'eredità dopo che s'è fatta l'accettazione, sia pure col beneficio d'inventario. L'accettazione con beneficio d'inventario fa acquistare la qualità d'erede, né più né meno che l'accettazione pura e semplice. Ora se la qualità d'erede è perpetua non è possibile concepire rinunzia d'eredità dopo l'accettazione. Molti autori che giustamente ritenevano che la cessione non importasse rinunzia, andarono all'estremo opposto e dissero: se non è rinunzia all'eredità, è una rinunzia semplicemente all'amministrazione dei beni; cioè l'erede col beneficio dell'inventario, anche avvalendosi del vantaggio concesso dalla legge di cedere i beni, non perde la qualità d'erede, ma soltanto il diritto d'amministrare l'eredità. L'erede così conserva la proprietà dei beni, onde se un bel giorno vuole rientrare nel possesso dei beni ceduti, può rientrarvi. Questo, notate, è il concetto prevalente anche oggi non solo nella dottrina Francese, ma anche nella dottrina Italiana, che come al solito ha seguito la francese ciecamente. Quest'opinione non è insostenibile, per le ragioni spiegate. Gli autori fran-



cesi in tanto sostengono quest'opinione in quanto non si  
 corrette questa disposizione di legge coi principi generali  
 intorno alla natura dell'obbligazione propter rem. Del re-  
 sto la legge parla di cessione di beni a scopo di libera-  
 zione. Ora la parola cessione, nel linguaggio giuridico, de-  
 nota sempre alienazione, perdita di proprietà; quando u-  
 na persona lascia la semplice amministrazione, e perde  
 solo il possesso dei beni, non si può parlare di cessione:  
 cessione implica perdita della proprietà. Vero è che  
 non si tratta di rinuncia all'eredità, ma che vuol  
 dire ciò? Dal fatto che l'erede dopo avere accettato non  
 può rinunciare non deriva che non possa cedere tutti  
 i beni ereditari. Tutti sappiamo che c'è l'istituto della  
 cessione della quota ereditaria, la quale, lungi dal-  
 l'essere una rinuncia all'eredità presuppone già aver  
 fatta l'accettazione, e importa la conseguenza che il  
 cedente conserva sempre la qualità d'erede, solo perde  
 i beni e mediante corrispettivo o senza corrispettivo. E  
 poi volendo ammettere che cessione significhi rinun-  
 cia all'amministrazione, ne verrebbero delle consequen-  
 ze pratiche assai strane e tutte ad esclusivo danno  
 dei creditori. Perché questi sarebbero contro loro voglia  
 costretti ad assumersi l'amministrazione dei beni e-  
 reditari ceduti, e non già nel loro interesse esclusivo,  
 ma anche in quello del cedente che, rimanendo pro-  
 prietario, potrebbe anche chiedere conto dell'amministra-  
 zione, ritogliela loro quando credesse opportuno, e ri-  
 covrare il profitto, senz'alcuna sua noia e inoltre non



si raggiungerebbe così lo scopo della legge. La legge non parla di cessione di beni per esonerare l'erede dall'amministrazione, ma parla di cessione di beni allo scopo di liberarlo dai debiti. Ora per ottenere lo scopo della liberazione, la semplice cessione dell'amministrazione non basta; mentre invece per raggiungere lo scopo della liberazione dai debiti, è forza ammettere che non trattasi di semplice cessione di possesso, ma di cessione di proprietà ossia di perdita dei beni stessi a cui è connessa l'obbligazione, inquantochè perduta la proprietà dei beni s'estingue l'obbligo di pagare ciò che riguarda i beni ereditari. Ammesso questo con atto che credo logico, utile praticamente, oltre che conforme alla legge, derivano varie conseguenze. Il ben che secondo l'opinione comune l'erede può sempre, anche fatta la cessione, ridomandare i beni e riprendere la loro amministrazione, invece, secondo noi, una volta fatta rinuncia alla proprietà dei beni, l'erede non può pretendere di rientrare nel possesso di essi. Inoltre secondo la teoria comune, per poter compiere l'atto di cessione di beni, basterebbe che l'erede beneficiario avesse la capacità d'amministrare; invece, accogliendo l'opinione nostra, siccome la cessione importa alienazione, perdita di proprietà, si richiede la capacità di disporre. Una terza conseguenza è che se si trattasse di semplice cessione d'amministrazione, di perdita di possesso, per compiere questo atto non ci sarebbe bisogno d'alcuna forma solenne.



ne; invece, secondo noi, importando la cessione alienazione, se nell'eredità vi sono beni immobili occorrono la forma solenne dell'atto scritto, della trascrizione, perché ogni rinuncia a proprietà immobiliare deve risultare da atto scritto il quale deve poi essere trascritto.

Come si deve fare praticamente la cessione di beni per ottenere lo scopo della legge? Basta che si compia un atto unilaterale: sebbene la legge parla di cessione, non si può andare all'idea d'un vero contratto, perché nessun contratto intercede tra l'erede e i creditori o legatari, in quanto costoro debbono subire tale cessione anche contro la loro volontà. Essi avrebbero maggiore interesse che l'erede stesso amministrasse i beni e li liquidasse; invece non ostante questo loro interesse debbono sopportare che l'erede se ne spogli e che scarichi su loro il peso dell'amministrazione e della liquidazione ereditaria. È evidente dunque che tale cessione non è un contratto; è atto unilaterale; ma questo atto unilaterale per avere efficacia (cio' non dice il codice, ma è intuitivo che così debba essere), occorre notificarlo ai singoli interessati. Un mezzo più spedito per compiere la cessione, è quello di chiamare in giudizio tutti i creditori interessati e tutti i legatari e ottenere dal magistrato una sentenza dichiarativa di cessione, di liberazione dell'erede beneficiario. Si ha quindi



un procedimento analogo a quello che si ha quando si fa l'offerta reale allo scopo di liberarsi d'un' obbligazione. In qualunque modo venga fatta la cessione, essa deve avere per oggetto tutti i beni, perchè se ha per oggetto soltanto alcuni non avrà l'efficacia voluta dalla legge di liberare l'erede giacchè se tutto il patrimonio ereditario risponde dei debiti, per potere l'erede esimersi dall'obbligo del loro pagamento, è necessario che cedano tutto il patrimonio. Inoltre è necessario che la cessione sia fatta in favore di tutti gl'interessati, perchè se si fa soltanto in favore di uno, non sarà una vera cessione liberatoria, ma una traslazione di proprietà: può essere una donazione, una datio insolentum; ma come tale l'erede col beneficio dell'inventario non può compierla; non può dire a due o tre eredi: in dō questo perchè vi paghiate dei vostri crediti; facendo ciò egli decadrebbe dal beneficio dell'inventario. Perciò la cessione deve avere per oggetto tutti i beni, e deve essere fatta a tutti i creditori e legatari.

Abbiamo parlato dei diritti che ha l'erede beneficiario; accanto a questi diritti, quasi come contrappeso ad essi, vi sono degli obblighi, che costituiscono dei limiti alla libera disponibilità dell'erede e delle garanzie in favore dei creditori e dei legatari. Quali sono questi limiti? Innanzitutto un limite e quindi una garanzia dei creditori e legatari è l'obbligo che ha l'erede beneficiario d'amministrare il patrimonio ereditario, se non preferisce la cessione dei beni. L'erede sebbene proprietario, pure è amministratore nell'interesse dei creditori e dei



legatari. Quest' obbligo importa mancanza del potere di disporre, sicché l'erede non può vendere senza autorizzazione, né giudiziaria, e senza seguire le forme prescritte dalla legge per la vendita dei beni del minore cioè ai pubblici incanti, tranne che il Tribunale creda opportuno procedere a trattive private. Questa disposizione vale per i beni mobili ed immobili; però per i beni immobili vale sempre, invece per i beni mobili vale solo infra cinque anni dall'aperta successione.

Un'altra garanzia posta nell'interesse dei creditori e dei legatari è il diritto che hanno costoro di chiedere all'erede che amministra il patrimonio, speciale cauzione. Per legge l'erede beneficiario, al contrario degli altri amministratori, non è obbligato a dare cauzione; e ciò si capisce, perché non essendo un puro e semplice amministratore, ma anche un proprietario dei beni che amministra, la legge ha creduto troppo gravoso l'obbligo della cauzione. D'altra parte ha riconosciuto ai creditori il diritto di pretenderla ove essi vedano in pericolo i loro interessi, come nel caso di cattiva amministrazione, di malversazione, ecc. Basta un semplice pericolo perché i creditori possano adire il magistrato e farne obbligare l'erede a dare una sufficiente cauzione, che può essere reale o personale. Questa cauzione deve garantire il denaro che si trova nel patrimonio ereditario, quello ricavato dalla vendita dei beni e i frutti, perché, mentre in generale gli amministratori sono obbligati a depositare il denaro che amministrano nella cassa



di depositi e prestiti, l'erede beneficiario non ha questo obbligo (art. 975)

Un altro mezzo non indicato dalla legge, ma che deriva dai principi generali e che in pratica si usa molte volte, è che i creditori o gli altri interessati possono arrivare a togliere l'amministrazione all'erede beneficiario. Se l'erede offre una cauzione insufficiente, o pure non ne può dare alcuna, ed egli fa nascere il fondato sospetto che possa dissipare il denaro ereditario, i frutti, ecc., allora i creditori o gli interessati possono ricorrere al magistrato perché gli tolga l'amministrazione dandola ad una terza persona che offra maggiori garanzie.

Una terza cautela che dà la legge ai creditori ereditari ed agli altri interessati, è l'obbligo della resa dei conti a cui è tenuto l'erede beneficiario. L'erede beneficiario amministrando il patrimonio ereditario, come qualsiasi amministratore deve rendere il conto esatto della sua amministrazione, e questo conto non deve renderlo soltanto alla fine, dopo cioè di avere liquidato il patrimonio ereditario e d'averlo ridotto in denaro; ma può essere obbligato a darlo in qualunque momento, quando i creditori o gli altri interessati lo credano opportuno. La resa del conto comprende l'attivo ed il passivo. L'attivo comprende tutto il patrimonio, cioè i capitali ed i frutti percepiti e comprende anche i frutti non percepiti per colpa dell'erede, il prerogativo dei beni mobili ed immobili renduti. Nella parte passiva vanno com-



prese le spese d'amministrazione e tutto ciò che non è pagato per soddisfare i debiti, le spese funerarie, ed anche la tassa di successione<sup>(1)</sup>. Formato così il conto e presentato, si vede se l'erede è debitore o no, se è debitore dovrà rilasciare la somma necessaria per la soddisfazione dei creditori; se invece è creditore, sarà considerato come qualsiasi altro creditore chirografario e quindi avrà diritto al rimborso di ciò che ha speso. Perchè l'erede sia posto in mora è necessario che i creditori o gli altri interessati facciano fissare un termine dal magistrato per la resa dei conti; senza questo termine, è costituito in mora, e dopo la costituzione in mora è responsabile dei debiti ereditari cum viribus propriis, sebbene sempre intra vires hereditarias (art. 959).

Così abbiamo visto quali sono le cautele che la legge dà in contrappeso ai vantaggi che concede all'erede beneficiario. Dobbiamo passare ora ad un altro argomento ugualmente importante, quello del modo che deve tenere l'erede beneficiario nel pagare i debiti.

Abbiamo visto che l'erede non è obbligato a pagare intra vires et cum viribus propriis. Ora come deve fare per pagare, che procedimento deve seguire? La legge nostra è stata manca, non ha organizzato un sistema di procedura analogo a quella che ha luogo in co-

(1) La controversia che si agitava in Francia e tra i nostri scrittori è risolta dall'art. 91 della legge sul registro del 20 maggio 1837 che dispone: "L'erede beneficiario pagherà la tassa dell'eredità nei fondi ereditari".



so di fallimento. Quando l'attivo è insufficiente a pagare interamente i debiti, la ragione logica voleva che si seguisse un sistema che, analogamente all'istituto del concorso in materia di fallimento, potesse garantire equamente gl'interessi di tutti i creditori, in modo che nessuno non venisse soddisfatto a danno degli altri. Questo sistema è accolto nel C.C. Germanico: l'erede beneficiario deve provocare dal Tribunale cosiddetto delle successioni, una amministrazione giudiziale, che ha appunto per scopo di liquidare tutto il patrimonio, di graduare sul liquidato tutti i creditori secondo l'ordine di preferenza o per contributo. E ove quest'amministrazione giudiziale non sia sufficiente s'apre la procedura di fallimento e vengono applicate tutte le regole che riguardano il fallimento. Invece il nostro codice non ha preso qualsiasi misura che potesse provvedere equamente agli interessi dei creditori. E non ha fatto di più: in omaggio alla libertà personale, l'erede beneficiario non è obbligato nemmeno a liquidare il patrimonio: la legge l'obbliga solo ad amministrare, sicché egli può mantenersi inerte, passivo, amministrando senza pagare; non ha il dovere di far vendere beni per soddisfare i creditori i quali potranno bene aspettare se aspettano che l'erede liquidi. Ed ammesso che l'erede voglia sobbarcarsi a procedere alla liquidazione, ha forse l'obbligo che avrebbe il curatore del fallimento? No; anche nel patrimonio ereditario vi sia denaro sufficiente per pagare i debiti non deve fare uno stato di



graduazione, informandosi quali siano i creditori ipotecari e quali i creditori chirografari. Tutto ciò non è richiesto dalla legge nostra, la quale segue un sistema del tutto primitivo, secondo me. Bisogna distinguere due ipotesi: l'ipotesi che gl'interessati abbiano fatto opposizione al pagamento di qualsiasi debito, e l'ipotesi in cui nessuno ha curato di fare opposizione. Se i creditori hanno avuto l'accorgimento di fare opposizione, le cose vanno un po' meglio per loro, in quanto l'erede che ha ricevuto opposizione da alcuni creditori non può pagare alcuno, se non nei modi e nelle forme stabilite dall'autorità giudiziaria (art. 946). L'opposizione consiste in qualsiasi atto che importi notificazione all'erede dell'esistenza del creditore e della volontà d'impedire il pagamento dei debiti. Quando c'è l'atto d'opposizione, pur mantenendosi inerte l'erede, c'è sempre un vantaggio dei creditori interessati, perché essi stessi dovranno promuovere il giudizio innanzi al magistrato, il quale fisserà le forme e i modi con cui i vari creditori dovranno essere pagati, ove naturalmente ci sia denaro ereditario. Stabilito il modo, i creditori che non si presentano nel giudizio di graduazione, perdono il loro diritto ad essere soddisfatti sul denaro ereditario. Di qui può nascere un inconveniente: che solo alcuni siano soddisfatti ed anche interamente sul denaro ereditario, mentre altri che non si sono presentati debbono aspettare la liquidazione dei beni ereditari.



n' e sbarcarsi a tutti i rischi ch' essa presenta. Ve-  
 ro e' che si usa una certa pubblicita', ma la publicita'  
 e' imperfetta e benissimo puo' accadere che molti  
 creditori senza loro colpa non si presentino. Ad ogni  
 modo questo e' il sistema meno nocivo per creditori.  
 Invece piu' nocivo riesce il sistema della legge quan-  
 do non si faccia opposizione all' erede. In tale caso,  
 dice la legge, passato un mese dal giorno in cui  
 fu trascritta la dichiarazione del beneficio d' inven-  
 tario, l' erede ha il diritto ed il dovere di pagare  
 i creditori a misura che si presentano (art. 876 esp.)  
 Che vuol dire? Vuol dire che un creditore accorto, il  
 quale ha un credito che assorbe tutto il denaro ne-  
 ditario, se si presenta all' erede, appena trascorso un  
 mese dalla trascrizione della dichiarazione del bene-  
 ficio d' inventario, pigliera' tutto lui, mentre gli al-  
 tri che verranno dopo non prenderanno niente per-  
 che non troveranno piu' niente. Cosicche' si ha che  
 mentre per principio generale i suoi creditori han-  
 no diritto a concorrere per contributo sul patrimo-  
 nio, qui puo' verificarsi che un solo creditore piu'  
 accorto o piu' vicino al luogo in cui risiede l' erede,  
 o perche' d' accordo coll' erede, riceva tutto, avendo  
 fatto piu' presto, e gli altri creditori, che hanno un  
 diritto eguale al suo, non avranno niente. Ecco lo  
 inconveniente grave di questa facolta' che concede la  
 legge all' erede beneficiario di pagare i creditori a  
 misura che si presentano, qualora non sia stata



fatta opposizione. Di questo principio della libertà di pagamento dei debiti la legge fa due eccezioni (art<sup>o</sup> 376-377). La prima è in vantaggio di quelli che hanno un diritto di privilegio, di pegno o d'ipoteca, in quanto la legge dispone che l'erede deve pagare i creditori e i legatari a misura che si presentano, salvo però i loro diritti di priorità. La frase «salvo i loro diritti di priorità» fa nascere molti dubbi. Che significa quest'espressione? Significa che i creditori aventi diritto di prelazione se non trovarono più denaro disponibile hanno diritto di regresso solo contro i creditori anteriormente pagati, oppure significa che lo stesso erede beneficiario quando paga, non deve pagare ad occhi chiusi, ma deve stare attento se vi siano creditori aventi privilegi e se paga ad occhi chiusi paga male? Vi sono due opinioni: io credo che l'erede debba stare attento quando paga. Ad ogni modo questo limite posto dalla legge è più teorico, che pratico, perché i diritti di priorità che si possono pretendere sono diritti reali, che hanno per oggetto o cose mobili o cose immobili, mentre in pratica l'ipotesi che fa la legge è che l'erede paghi con denaro che si trova nel patrimonio ereditario. Ora siccome il denaro non è oggetto dei diritti reali di garanzia la soluzione di diritti di priorità è inutile; perché i privilegi avranno per oggetto certe cose mobili, le ipoteche dati immobili, quindi se vi sono delle



ipoteche non potendosi vendere gl' immobili senza autorizzazione giudiziale e senza la forma dei pubblici incanti, i diritti dei creditori ipotecari sono sempre garantiti e così anche se vi sono privilegi, questi nemmeno possono essere elusi, perchè anche i mobili debbono venderli nella forma degli incanti giudiziali. Solo in qualche ipotesi rara può avere importanza la limitazione, quando cioè passati 5 anni, dal giorno dell' apertura dell' eredità, l'erede ha facoltà di vendere liberamente i beni mobili, senza autorizzazione e senza le forme solenni. Più importante è l'altra limitazione. L'erede paga a misura che si presentano i creditori e i legatari; quindi supponiamo che il primo a presentarsi sia un legatario; l'erede deve pagarlo, non può dirgli: non voglio pagarti perchè sei legatario. Ma poniamo ancora che il denaro ereditario sia stato assorbito dai legatari presentatisi per i primi; allora i creditori i quali si presentano dopo esaurito il denaro ereditario, hanno diritto, conformemente dispone il Codice civile, al regresso contro i legatari; mentre se l'asse ereditario viene esaurito per pagare alcuni creditori, gli altri che rimangono insoddisfatti non hanno alcun diritto di regresso contro i primi. Ciò è stabilito dalla legge, perchè i creditori prima soddisfatti non hanno ricevuto che quello che loro spettava: invece se l'asse ereditario è esaurito per la soddisfazione dei legati, la legge applica il principio che non si può concepire liberalità



ta, se. colui che vuole fare la liberalità, non abbia pagato i debiti; di modo tale che nel conflitto tra i legatari e i creditori meritano preferenza i creditori, perchè essi non esigono che denaro proprio. Però, se l'asse ereditario è esaurito nel pagamento dei legati, i creditori che vengono posteriormente passano rivolgersi contro i legatari, ma non contro l'erede in quanto costui ha pagato bene a chi si presentò primo. Si domanda infine: supponiamo che l'erede col beneficio d'inventario abbia dei creditori personali: questi hanno diritto di concorrere con i creditori ereditari sul patrimonio del defunto oppure no? Gli autori risolvono variamente questa questione: alcuni dicono che il beneficio dell'inventario è posto in vantaggio esclusivo dell'erede, in quanto l'erede non deve rispondere con denaro proprio dei debiti dell'eredità, ma non è stato posto a vantaggio dei creditori ereditari, i quali debbono subire la stessa sorte, come se l'erede avesse accettato senza il beneficio dell'inventario. Che l'erede, sia pure beneficiario, abbia dei creditori personali, questi possono benissimo concorrere sul patrimonio del defunto inquantochè il patrimonio del defunto, in forma all'eredità s'unisce al patrimonio dell'erede, sicchè garanzia dei creditori è tutto il patrimonio del debitore. Orai vediamo che ciò non sia esatto. Vero è che il beneficio dell'inventario ha principalmente lo scopo di vantaggioare l'erede; ma i vantaggi ch'egli riceve non sono



illimitati, ci sono delle restrizioni, le quali ci denota-  
no come sebbene la distinzione del patrimonio dell'ere-  
de da quello del defunto sia vantaggiosa principalmen-  
te all'erede, pure è una separazione obbiettiva, effettiva,  
e quindi dev'essere vantaggiosa anche ai creditori e  
ereditori. Infatti che cosa vediamo? Che l'erede beneficia-  
to amministra i beni nell'interesse dei creditori eredi-  
tari. Dunque non è vero che il beneficio d'inventario  
non importa alcun vantaggio ai creditori ereditari, in-  
quanto costoro hanno diritto a una regolare ammini-  
strazione dei beni, hanno diritto a pretendere che l'e-  
rede disponga dei beni a suo arbitrio.

Un altro obbligo dell'erede beneficiario è la resa dei con-  
ti. Ora, come si potrebbe concepire la resa dei conti  
rispetto ai creditori ereditari, se questi non avessero di-  
ritto esclusivo sull'asse ereditario? E poi, se l'erede be-  
neficiario pagasse coi beni ereditari i suoi creditori per-  
sonali verrebbe a fare atto di disposizione, perchè il pa-  
gamento di debiti personali costituisce atto di disposi-  
zione. Ora ciò non sarebbe conforme ai principi di leg-  
ge che limita la capacità dell'erede.

Un'altra conseguenza finalmente. La legge ha prefe-  
rito i creditori ereditari agli stessi legatari che pure  
sono aventi causa del defunto. Se la legge ha posto que-  
sta preferenza tra i creditori ereditari e i legatari, a  
tanto maggior ragione deve dirsi che abbia stabilito  
una preferenza in favore dei creditori ereditari, ri-  
spetto ai creditori personali dell'erede. Sarebbe strano



se mentre i creditori ereditari hanno azione di regresso contro i legatari, non dovessero poi avere azione di regresso contro i creditori personali dell'erede, che hanno un altro autore. Perciò credo sia l'opinione migliore che l'erede beneficiario non possa pagare con i beni ereditari i creditori personali, dimodochè i creditori personali hanno diritto sui beni ereditari solo qualora, liquidato il patrimonio si siano soddisfatti tutti i creditori ereditari e i legatari e sia rimasto un residuo.

---



## Lezione XXVI<sup>a</sup>

### Sommario

La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede: concetto: differenza tra il Diritto romano e il nostro Chi può esercitare il diritto di separazione. Contro chi s'esercita. Come s'esercita. Su quali beni. Condizioni per l'esercizio: termine. estinzione del credito. la novazione del credito.

Per completare l'argomento del pagamento dei debiti ereditari dobbiamo discorrere della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede.

Il beneficio della separazione dei patrimoni fu introdotto dal pretore romano per ovviare all'inconveniente che ai creditori ereditari sarebbe provenuto dall'accettazione pura e semplice, cioè il non potersi esclusivamente soddisfare sul patrimonio del defunto, come avrebbero potuto se il loro debitore non fosse morto, dovendo subire il concorso dei creditori personali dell'erede.

Il beneficio della separazione dei patrimoni introdotto dal pretore romano si perpetuò nel Diritto Giustiniano, nel Diritto Comune e si trova anche nel codice nostro. Però se questo istituto si trova anche nel codice nostro, non è a credere che esso abbia la stessa efficacia che aveva nel Diritto roma-



no, sebbene lo scopo sia uguale. L'art. 1032 dice: «I creditori dell'eredità ed i legatari possono domandare la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell'erede, a norma delle disposizioni contenute nel titolo XXIV di questo libro». Sicché esaminando gli articoli contenuti in detto titolo, noi vedremo quale sia nel nostro codice l'istituto della separazione dei patrimoni, quale la sua natura e quale gli effetti. Il risultato incontra, non a rilevarsi che per il nostro codice l'istituto della separazione non produce gli stessi effetti che in Diritto romano; anzi si può dire che la stessa frase "separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede", non corrisponde alla realtà delle cose. Nel Diritto romano quando i creditori ereditari volevano evitare il pericolo della confusione dovevano domandare il beneficio della separazione, il cui effetto era appunto una vera e propria separazione obbiettiva e universale del patrimonio del defunto da quello dell'erede, in modo che si considerava per finzione di legge che l'accettazione dell'eredità non fosse avvenuta e che quindi il patrimonio del defunto restasse distinto come unità per se stante, staccata dal patrimonio personale dell'erede. Ovvero reputandosi fittiziamente l'eredità come non accettata, tutte le conseguenze provenienti dall'accettazione dell'eredità rispetto ai terzi non nascevano, e quindi i creditori ereditari potevano soddisfarsi sul patrimonio del defunto escludendo i creditori personali dell'erede.



Ma avviene lo stesso per il nostro codice? L'istitu-  
to della separazione per l'evoluzione subita non è ta-  
le oggi se non di nome. Non avviene più la di-  
stinzione obbiettiva dei due patrimoni; non è già che  
l'effetto dell' accettazione venga ad essere rescisso  
o sospeso. L'erede che ha accettato puramente e sem-  
plicitemente, resta erede puro e semplice, ne avviene  
una rescissione fittizia, nemmeno in rapporto ai  
creditori ereditari: se questi, come vedremo, hanno  
diritto di preferenza rispetto ai creditori personali  
dell'erede, ciò non segue più con una separazio-  
ne obbiettiva e universale del patrimonio del defun-  
to da quello dell'erede; giacché il diritto di separa-  
zione non può esercitarsi che su i singoli beni.  
L'effetto dunque della separazione, essendo limitato  
ai beni su cui viene esercitato, non si ha una  
separazione di patrimoni nel senso vero della paro-  
la e quindi non può parlarsi d'una rescissione fit-  
tizia o d'una sospensione dell'efficacia dell' accetta-  
zione. Così si nota una prima differenza tra il  
Diritto romano ed il nostro; giacché pel nostro co-  
dice esso è un diritto di preferenza dei credito-  
ri ereditari sui creditori personali dell'erede, rispetto  
a quei soli beni ereditari su cui il beneficio  
di separazione s'è esercitato. E che questo sia lo  
effetto della separazione si scorge anche dal codi-  
ce nell'art<sup>o</sup> 2055. Dato così il concetto generale del  
beneficio di separazione passiamo all'esame delle



varie disposizioni di legge.

Da chi può esercitarsi il beneficio di separazione? Può essere esercitato anzitutto dai creditori crediti, e cioè dai creditori del defunto, e si noti, senza distinguere se i crediti siano scaduti o no, o pure siano sotto condizione, ed anche dai creditori ipotecari o privilegiati. A prima vista dovrebbe farsi questa limitazione: anche il Pothier osservava che i creditori ipotecari non possono pretendere il diritto di separazione, perché dal momento che la separazione ha per scopo di far preferire i creditori del defunto a quelli dell'erede, questa preferenza è già insita nelle ipoteche, in quanto un creditore ipotecario del defunto non può temere il concorso dei creditori personali dell'erede. Eppure il nostro codice non fa tale restrizione, e quindi anche i creditori ipotecari del defunto avranno diritto di esercitare la separazione. È giustamente, perché l'osservazione del Pothier non sempre è esatta. Vero è che il creditore ipotecario è di diritto preferito al creditore personale dell'erede, in quanto ha garanzia reale; ma poniamo che la garanzia reale non sia sufficiente a soddisfare il creditore ipotecario, che per il residuo, secondo i principi generali, dovrebbe subire il concorso dei creditori dell'erede. Ora per evitare questo pericolo, la legge concede anche a lui il diritto di separazione, il quale se è inutile in caso di sapienza, può essere



utile nel caso d'incapienza. Perciò la legge dice espres-  
samente all' art° 2054 che il diritto alla separazione del  
patrimonio del defunto da quello dell'erede spetta an-  
che a quei creditori o legatari che hanno già un'al-  
tra garanzia sui beni del defunto. I legatari si trovano  
anch'essi nella stessa condizione dei creditori ereditari;  
anch'essi per regola generale dovrebbero subire il concorso  
dei creditori personali dell'erede; data la confusione dei  
patrimoni. Quindi la legge nostra, come già il Diritto  
romano, concede loro il beneficio della separazione. Ma  
questo diritto spetta anche ai creditori personali dell'e-  
rede? Nel Diritto comune si questionò lungamente su  
questo punto, e si disse: se è giusto che i creditori del  
defunto esercitino il beneficio della separazione per soddi-  
sfarsi esclusivamente sul patrimonio del defunto e quin-  
di conservare la garanzia ch'essi avrebbero avuto se il  
defunto non fosse morto, ragioni di equità vogliono che lo  
stesso diritto abbiano anche i creditori personali dell'ere-  
de. Basterebbe loro interesse che il patrimonio del loro debi-  
tore non venga ad essere diminuito dal concorso dei cre-  
ditori ereditari sul patrimonio personale dell'erede, ove  
non bastasse quello del defunto. Onde ispirandosi ai prin-  
cipi di equità, alcuni volevano concedere il beneficio  
della separazione ai creditori personali dell'erede; ma  
se il Pothier ed altri negarono ciò fondandosi sul prin-  
cipio individualistico del Diritto romano, cioè che ad ogne-  
no è lecito deteriorare la condizione dei propri credito-  
ri assumendo nuove obbligazioni. Ora se l'erede viene



ad assumere nuovi debiti, quali sono i debiti ereditari, di ciò non possono laguarsi i creditori personali, che debbono subire tutti i fatti che il debitore compie lecitamente. Solo i creditori personali dell'erede potrebbero impugnarne con la pauliana l'accettazione di un'ereditas dannosa, provando oltre il danno l'estremo della frode. Perciò il nostro codice non concede il diritto di separazione ai creditori personali dell'erede ma solo ai creditori ereditari o legatari.

Contro chi deve esercitarsi questo diritto di separazione? Per il Diritto comune e per il Diritto francese il diritto di separazione deve esercitarsi contro i creditori dell'erede, perché essendo la separazione un mezzo di preferenza dei creditori del defunto su quelli dell'erede, era logico che questo beneficio dovesse esercitarsi in contraddizione di questi ultimi. Invece il nostro codice ha seguito un'altra via, la domanda di separazione dev'essere esercitata non già contro i creditori dell'erede, ma contro l'erede stesso od altro rappresentante legittimo dell'eredità. L'art.º 900 della Proc. Civ. adopera questa seconda locuzione per denotare che la domanda di separazione può farsi anche quando non vi sia un erede, come nel caso d'eredità giacente, nel qual caso si può domandare la separazione contro il curatore che è il legittimo rappresentante dell'eredità. È cambiata così nel Diritto nostro la procedura seguita dal codice francese, in quanto la domanda di separazione deve esercitarsi contro l'erede per



ottenere lo scopo voluto dalla legge. La legge parla di do-  
manda del beneficio della separazione: perchè dice  
che il beneficio della separazione dev'essere domandato.  
È esatta questa locuzione? Non è esatta. Se fosse esat-  
ta, ne verrebbe la conseguenza che dipenderebbe dalla fa-  
oltà del magistrato concedere o no il beneficio della sepa-  
razione, e quindi il diritto di separazione sarebbe effetto  
della sentenza la quale trovasse meritevole di accogli-  
mento la domanda. Invece il diritto di separazione pro-  
viene dalla legge stessa, non c'è bisogno di domanda  
per conseguirlo: la domanda serve non già per conse-  
guire il beneficio della separazione, ma per attuare in  
certi casi questo diritto astratto; perchè ove la sepa-  
razione si voglia esercitare rispetto ai beni mobili è ne-  
cessaria la domanda, perchè il magistrato ponga sot-  
to sequestro questi beni. Tanto vero che per esercitare il  
diritto di separazione su beni immobili, non occorre  
domanda giudiziale. Perciò se la legge in parecchi art.  
parlando del diritto di separazione dice ch'esso dev'esse-  
re domandato dai creditori ereditari o legatari, è perchè  
ha seguito inconsuetamente l'antica tradizione roma-  
nistica, perchè nel Diritto romano questo diritto non  
proveniva ex lege; ma essendo fondato sull'equità del  
pretore aveva bisogno d'essere domandato, e venir con-  
cesso dal pretore caso per caso. Ciò non avviene per  
il Diritto nostro, perchè il beneficio di separazione provie-  
ne dalla legge.

Come s'esercita questo diritto di separazione? Il diritto



di separazione s'esercita diversamente secondo l'oggetto su cui si vuole esercitare. A questo proposito ricorderò la differenza, di cui ho fatto cenno, tra il Diritto romano e il Diritto nostro, perchè nel Diritto romano la domanda di separazione aveva come effetto la separazione effettiva del patrimonio del defunto da quello dell'erede, e quindi non bisognava seguire diversa procedura per i beni mobili e per i beni immobili; invece pel Diritto nostro devono seguirsi diverse norme procedure, secondo che la separazione si riferisce ai beni immobili o si vuole esercitare sui beni mobili.

Quando si vuole esercitare la separazione rispetto ai beni immobili che cosa bisogna fare? Non c'è bisogno di domanda. Ciò conferma il concetto esposto, cioè che la separazione non è effetto della sentenza. Se la separazione si vuole esercitare rispetto ai beni immobili ereditari bisogna prendere un'iscrizione analoga a quella che si prende per le ipoteche. Quindi bisogna eseguire tutte le norme necessarie per le iscrizioni ipotecarie, cioè esibire al conservatore delle ipoteche due note le quali debbono tutti i requisiti voluti dalla legge, cioè nome e cognome del debitore, del creditore e del legatario, indicazione della somma che si pretende garantire con questo vincolo, indicazione dell'immobile con tutti i confini voluti dalla legge, ecc. Invece quando si tratta d'esercitare la separazione rispetto ai beni mobili, siccome per i beni mobili non c'è il sistema della pubblicità, la legge indica un'altra procedura; bisogna



fare la domanda giudiziale, la quale ha per scopo di ottenere dal magistrato la sentenza che provveda alla conservazione dei beni mobili, dimodochè essi siano preservati da qualsiasi disposizione od alienazione da parte dell'erede, e siano destinati esclusivamente allo scopo della soddisfazione dei creditori che hanno domandato la separazione. Questo è detto negli art. 2059 e 2060, da cui si rileva che le differenze che passano tra le note ipotecarie che si presentano per l'iscrizione dell'ipoteca e le note per l'iscrizione della separazione, sono: 1<sup>a</sup>) che bisogna in queste note aggiungere se è possibile il nome dell'erede perchè nel caso che l'erede non sia noto allora tale aggiunta non occorre e 2<sup>a</sup>) mentre per le iscrizioni ipotecarie, oltre le due note, bisogna presentare il titolo costitutivo del credito, invece per l'iscrizione del beneficio della separazione non occorre l'esibizione del titolo; ma basta menzionare che la iscrizione è presa a titolo di separazione.

Su quali cose si può esercitare il diritto di separazione? Si può dire brevemente che si può esercitare su tutti i beni ereditari. Si può esercitare sui beni che provengono all'erede in forma di collazione dovuta da altri eredi, o in forma di riduzione di legati o di donazioni. Sappiamo che all'asse ereditario che il defunto ha effettivamente lasciato, bisogna aggiungere i beni donati o per scopo di collazione o di riduzione e così si impingua il patrimonio ereditario. Supponiamo che la collazione o la riduzione siano avvenute in modo



che il patrimonio effettivo ereditario sia aumentato. Pos-  
sono i creditori ereditari o i legatari esercitare il diritto di  
separazione sui beni pervenuti all'erede in forma di ri-  
duzione o di collazione? No, perché la collazione è un  
istituto il quale ha per scopo esclusivo di mante-  
re la proporzionalità tra le quote dei vari coeredi  
discendenti dal defunto; la riduzione poi ha per iso-  
po di far salva la legittima agli eredi legittimari, e  
sappiamo, per espressa disposizione di legge, che la ri-  
duzione e la collazione non giovano ai creditori ed ai  
legatari, i quali non solo non possono esercitare il di-  
ritto di riduzione, o di collazione, ma nemmeno posso-  
no approfittarne (art. 1032, 1044). Ne deriva perciò la con-  
seguenza che anche se il patrimonio sia impinguato  
per tali cause, i creditori ereditari e legatari non pos-  
sono esercitare il diritto di separazione sui beni prov-  
nienti dalla collazione e dalla riduzione.

Ancora: i creditori ereditari ed i legatari non posso-  
no pretendere di esercitare il diritto di separazione sui  
beni che il defunto in vita avesse alienato, anche se  
l'acquirente non abbia operato la trascrizione. Suppo-  
niamo che il defunto abbia venduto i beni immobili ed  
il compratore non abbia trascritto il titolo d'acquisto.  
Fosse vero quello che si trova detto in certi manuali  
che la trascrizione è necessaria perché l'alienazione  
abbia effetto rispetto ai terzi, i legatari per lo meno a-  
vrebbero il diritto di dire: è vero il nostro autore ha ven-  
duto, ma siccome il compratore non ha trascritto, l'alie-



marione per noi e come non fatta; abbiamo diritto di reputare che l'immobile venduto si trovi ancora nel patrimonio del defunto e quindi vogliamo esercitare su esso il diritto di separazione. Ma non è vero che la trascrizione sia necessaria per produrre l'efficacia del trapasso rispetto ai terzi: anche senza trascrizione l'acquisto rispetto ai terzi si compie; la trascrizione non costituisce altro se non un criterio di preferenza tra più acquirenti dallo stesso autore, in conflitto tra di loro. Così che il legatario, sebbene sia un terzo rispetto al contratto interceduto tra il defunto e l'acquirente, pure non è uno di quei terzi che possono invocare il principio della trascrizione, giustamente dispone l'art. 1942 cod. civ. Diciamo però che i beni siano stati alienati dallo stesso erede che, per la sua qualità ne aveva certamente il diritto, su di essi è possibile esercitare il diritto di separazione, e ciò, si noti anche se le alienazioni siano state debitamente trascritte. Onde segue che il vincolo di separazione ha un'efficacia speciale e maggiore del vincolo ipotecario. Mentre l'ipoteca in generale prende data dal giorno dell'iscrizione, cosicché tutti i diritti acquistati precedentemente sono salvi e non restano sopraffatti dall'ipoteca, in vece quando si iscrive il vincolo di separazione, questa iscrizione ha efficacia retroattiva a danno dei diritti precedentemente acquistati, ancorché conservati mediante iscrizione o trascrizione. Questa è l'efficacia speciale concessa dalla legge nell'art. 2062. Ma il diritto di



separazione, se può esercitarsi anche sui beni alienati dall'erede, non può esercitarsi che sui beni immobili soltanto, non già sui beni mobili. Perché è principio generale di diritto che nessuna azione reale può ripresentarsi contro il terzo possessore di beni mobili.

Se la legge vieta lo stesso esercizio dell'azione di rivendicazione contro i terzi che hanno acquistato in buona fede beni mobili, deve negare qualsiasi altra azione avente efficacia reale. Quindi la domanda giudiziale avente per effetto la separazione del patrimonio non può avere mai per oggetto beni mobili già alienati. Questa conseguenza derivante dai principi generali il nostro codice l'ha voluta dichiarare espressamente, disponendo che quando si tratta di beni mobili alienati i legatari o i creditori hanno diritto d'esercitare la separazione sul prezzo che di questi beni fosse ancora dovuto (art. 2026). Però a questo punto nasce una questione: supponiamo che il prezzo sia stato pagato, ma sia stato depositato nella Cassa Depositi e Prestiti, oppure si trovi ancora in mano di un terzo, sebbene pagato dall'acquirente, è possibile la separazione? Sì, perché la legge in tanto dice che l'esercizio della separazione si può fare sul prezzo, se non sia pagato, perché presuppone il caso normale che quando l'erede ha ricevuto il pagamento sia avvenuto la confusione materiale del denaro proprio col denaro ricevuto; sì, che quando il prezzo, anche pagato non si tro-



confuso, evidentemente la separazione può esercitarsi.

Quali sono le condizioni per l'esercizio della separazione? Anzitutto bisogna accennare, in modo negativo, quali sono i fatti che non impediscono l'esercizio della separazione. È necessario per esercitare la separazione che l'erede si trovi nello stato d'insolvenza? No, ancorché l'erede abbia un pingue patrimonio sufficientissimo per soddisfare i creditori ereditari e personali, la separazione può esercitarsi perché la legge non richiede tale condizione; e giustamente perché se il patrimonio al momento attuale può essere pingue e tanto, benissimo domani, per un improvviso rovescio può ridursi ai minimi termini. Però se non è necessaria l'insolvenza dell'erede, è necessario almeno che esistano dei creditori dell'erede, perché altrimenti il beneficio della separazione mancherebbe di scopo. Ma non è necessario che tale esistenza sia provata, basta la possibilità; se questa possibilità non risponde alla realtà, allora il beneficio della separazione non avrà effetto; invece produrrà delle conseguenze qualora l'erede abbia dei creditori. Ancora, non è necessario che l'erede abbia fatto l'accettazione pura e semplice. A prima vista parrebbe che il beneficio della separazione solo allora ha significato pratico quando siavi l'accettazione pura e semplice, e che ove l'erede abbia accettato col beneficio dell'inventario la separazione è nulla giovi. E pure la legge dice che anche l'accettazione col beneficio



d' inventario non dispensa i creditori o i legatari dall' esercitare il beneficio della separazione (art. 2058) & nota perciò controversia sul significato di questo articolo. Significa esso che anche se perdura il beneficio d' inventario, la separazione è necessaria; oppure significa che l' accettazione col beneficio d' inventario non dispensa dalla separazione, la quale riuscirà utile nell' eventualità che dal beneficio d' inventario l' erede decada? Per altri termini, se si crede che l' accettazione col beneficio dell' inventario non giovi in nessun modo ai creditori ereditari, ma al solo erede, la legge con quelle parole intende dire che, nonostante il beneficio d' inventario, siccome questo non giova che all' erede, i creditori ereditari debbono ricorrere al beneficio della separazione per essere preferiti ai creditori personali dell' erede: comechè beneficio d' inventario e beneficio di separazione produrrebbero contemporaneamente ciascuno il proprio effetto. Invece se si ritiene che l' accettazione col beneficio dell' inventario produce effetto vantaggioso non solo all' erede ma anche ai creditori ereditari, i quali così han diritto di soddisfarsi esclusivamente sul patrimonio del defunto senza subire il concorso dei creditori personali dell' erede, allora quell' art. significa che l' accettazione col beneficio dell' inventario non ostacola la separazione, la quale può essere utile quando il beneficio d' inventario venga a cessare. Ma abbiamo visto che la prima opinione è erronea, in quanto il beneficio dell' inventa-



no, sebbene introdotto in vantaggio principale dell'erede, pure produce indirettamente vantaggio ai creditori ereditari, inaspettata la conseguenza è, che se il beneficio dell'inventario permane in tutta la sua efficacia, la separazione non porta alcun particolare effetto, avendo lo stesso scopo che si raggiunge col beneficio dell'inventario, di far preferire i creditori ereditari a quelli dell'erede. Perciò l'art. significa che nella previsione di una possibile decadenza dal beneficio dell'inventario, i creditori ereditari faranno bene ad esercitare il diritto di separazione: se il beneficio d'inventario cessasse per fatto dell'erede, allora la separazione del patrimonio fatta in tempo utile, avrà tutta la sua efficacia pratica. Le sole condizioni per l'esercizio del diritto di separazione sono: 1°) che si eserciti in un certo tempo, e 2°) che esista il diritto di credito o il legato. Il tempo fissato dalla legge è di tre mesi dall'apertura della successione, mentre nel diritto antico la facoltà d'esercitare il beneficio della separazione era imprescrittibile; fino a tanto che il patrimonio ereditario sussisteva, poteva esercitarsi la separazione. La legge ha posto questo limite di tempo per ragioni d'ordine sociale: se, come abbiamo visto, l'esercizio del beneficio di separazione può portare nocimento ai terzi in quanto appena iscritto il vincolo della separazione, questa ha efficacia retroattiva contro tutti gli acquisti fatti prima dai terzi, era necessario restringere al minor tempo possibile la facoltà d'esercitare siffatto diritto, perchè altrimenti i terzi sarebbero rimasti



sti sempre incerti intorno all' efficacia dell' acquisto. <sup>del</sup> ~~che~~, chi vuole acquistare da un erede, avrà la precauzione di far passare tre mesi dal giorno della successione, per potere acquistare sicuramente; sarà sua colpa se acquista prima dei tre mesi; invece col sistema antico sarebbe stata inutile ogni preveggenza. Il termine di tre mesi non è termine di prescrizione, ma è termine di decadenza. Mentre, come sappiamo, la prescrizione, qualunque sia, lunga o breve, è soggetta a cause di sospensione, sicché non corre contro certe persone, come i minori e gl' interdetti, o contro certe altre persone legate da rapporti speciali <sup>giuridici</sup> come tra marito e moglie, tra amministratore ed amministrato ecc, questi fatti sono indifferenti, o si trattano di termine perentorio o di decadenza. L'altra condizione è che il diritto di credito o il legato sussista, che non sia estinto. Supponiamo che il credito sia <sup>estinto</sup> ~~estinto~~ per prescrizione, per remissione, o in un modo qualunque riconosciuto dalla legge; allora il diritto di separazione non può esercitarsi. A questo proposito bisogna fermarci su un modo speciale d'estinzione che è la novazione. La novazione importa estinzione dell' antica obbligazione mediante creazione di una nuova. Le specie di novazioni sono diverse: vi è la novazione obbiettiva quando si muta l'obbietto o la causa dell' obbligazione; vi è la novazione subbiettiva quando si muta il debitore, liberando l'antico, e sostituendogli uno nuovo; o si muta il creditore accettando un nuovo creditore invece



dell' antico, il quale rinunzia al suo diritto. Ora, nel  
 le fonti romane si trova stabilito che ove il creditore ere-  
 ditario abbia novato il suo credito accettando l'erede co-  
 me debitore, perde il diritto di separazione. Questa fra-  
 se fu spesso inconsciamente ripetuta dai giuristi ed  
 anche dal nostro codice nell'art. 2056. Siccome si doman-  
 da: basta accettare l'erede per debitore, perché si com-  
 pia la novazione? Secondo i principi generali, non ba-  
 sta; perché l'erede non è una persona diversa dal  
 debitore vero e proprio, l'erede appunto perché erede,  
 sustinet personam defuncti, è sostituito in tutto e  
 per tutto al defunto: il debitore originario essendo morto,  
 il vero ed unico debitore è l'erede, quindi se i credito-  
 ri ereditari, se i legatari abbiano riconosciuto per loro  
 debitore l'erede, essi non hanno fatto nulla di nuo-  
 vo, essi non hanno compiuto un atto volontario, hanno  
 seguito ciò che è precetto di legge. Perciò se i creditori e-  
 reditari ed i legatari si trovano di fronte all'unico de-  
 bitore qual'è l'erede, non si può dire il fatto dell'  
 l'accettazione dell'erede come debitore importi nov-  
 azione. Infatti sappiamo che la novazione subiettiva  
 avviene, quando all'antico debitore che vien liberato  
 si sostituisce un altro; invece qui non abbiamo du-  
 plicato di debitori, uno liberato ed un altro in sua  
 vece obbligato, ma un solo debitore qual'è l'erede. In  
 nondimeno, non ostante l'incomprensibilità di quest'art.  
 spiegato così letteralmente, la dottrina francese ed  
 italiana s'ostinano a ritenere che il solo fatto di



conoscere l'erede come debitore fa perdere il diritto alla separazione, perché, dicono molti autori, qui non dobbiamo pretendere di trovare una vera e propria novazione, dobbiamo soltanto scorgere una specie di novazione, una novazione impropria. È esatta quest'opinione? No, anzitutto quest'opinione si basa sopra un'erronea interpretazione dei testi romani. Alcuni credettero che i testi romani quando parlavano di novazione, intendessero bastare il fatto che il creditore creditario risolvesse l'azione contro l'erede perché perdesse il diritto alla separazione. Invece esaminando i testi romani, si vede che il diritto di separazione si perdeva quando si compiva la novazione vera e propria, la quale assumendo la forma della stipulatio coll'erede importava estinzione dell'antica obbligazione e nascita d'una nuova, non già perché così a un debitore venisse sostituito un altro, ma per la forma stessa della stipulatio che produceva sempre un'obbligazione nuova e per sé stante, anche se fosse avvenuta con l'antico debitore, e avesse avuto l'identico contenuto dell'antica obbligazione. Ciò posto, si capisce bene come il creditore dovesse perdere il beneficio della separazione, perché il beneficio della separazione presuppone un credito creditario, un credito contro il defunto; e quindi se il credito contro il defunto è estinto mediante sostituzione di un credito nuovo che si acquista contro l'erede, evidentemente non si può essere diritto di separazione. Inoltre anche a voler ritenere che nel Diritto romano indipendentemente



dall' efficacia speciale della stipulatio, il fatto dell' accettazione dell' erede come debitore importasse perdita del beneficio di separazione, ciò si può sempre spiegare, considerando che se, come comunemente si crede, la separatio bonorum importava revissione dell' accettazione, questa si aveva come non fatta e quindi l' erede non era debitore. Balche' riconoscendo l' erede come debitore, era logico che si revisse a perdere il beneficio di separazione che si fondava sul contrario presupposto. Ma nel Diritto nostro, dacche' la separazione non produce rescissione dell' accettazione, l' erede e' sempre lui il debitore e quindi il riconoscerlo come tale non può avere alcuna efficacia. Percio' saggiamente alcuni autori francesi recenti dicono che questa formula della legge si deve considerare come lettera morta che non ha efficacia pratica. Ma se dobbiamo giungere a questa conseguenza estrema di disconoscere il significato letterale della legge, non e' forse meglio darle un significato logico? E questo significato logico fu dato per il primo dal Pothier che fu, come ognuno sa, l'autore le cui idee furono più fedelmente seguite dal legislatore francese e tra gli interpreti del codice italiano dal Mirabelli. Ed e' che in questa disposizione si deve considerare essersi previsto il caso della novazione vera e propria, della novazione obbligatoria; cioè il creditore ereditario perde il diritto di separazione qualora egli abbia novato il suo credito, sostituendo al credito antico, che aveva verso il defunto



un altro credito che abbia un oggetto diverso o una causa diversa. Qualora questo fatto, il quale certo comunemente non si suole avverare, si verificasse, solo allora si perde il diritto alla separazione. Invece, sostenendo l'opinione prevalente fra i giuristi francesi e italiani, per cui basta il semplice riconoscimento dell'erede per perdere il diritto alla separazione, oltre ad incorrere in inconvenienti pratici, si contraddice ai principî logici e giuridici. Perché? Perché quest'art. riguarda non solo i creditori ereditari, ma anche i legatari. Or come può parlarsi di novazione, anche in senso improprio, da parte del legatario che riconosca l'erede come debitore, se il legatario non ha che l'erede per unico debitore? Per i creditori ereditari si potrebbe dire che vi sono due debitori, il defunto e l'erede, sebbene giuridicamente essi costituiscono una persona sola; ma invece il legatario non ha diritto di credito contro il defunto, ma contro l'erede, e unicamente dal testamento che sorge il diritto di credito e l'unico debitore è l'erede: quindi non è mai possibile che il legatario possa fare novazioni, riconoscendo per suo debitore l'erede, se questo è stato sempre il suo debitore originario? Si urta contro i principî giuridici, perché i principî della novazione non permettono che vi sia novazione subbiettiva, quando al defunto si sostituisce l'erede, il quale è uno che succede in tutti i rapporti del defunto. Inoltre si va incontro a gravi inconvenienti; basterebbe il fatto che i creditori no-



l'attribuisce il titolo esecutivo all'erede, per perdere il diritto alla separazione. La nostra opinione invece non offre tali inconvenienti ed è fondata sulla logica e sulla stessa tradizione storica che vien travisata dai seguaci dell'opposta opinione.

Un altro caso di perdita del beneficio di separazione si ha quando l'erede paga i crediti o dà cauzione, perché in questo caso il beneficio della separazione è impedito o sospeso (art. 2064).

---



## Lezione XXVII<sup>a</sup>

### Sommario

Effetto del beneficio di separazione. Indole giuridica del beneficio di separazione. Se i creditori non separatisti possano concorrere con i separatisti. (la separazione importa preferenza dei separatisti sui non separatisti). La vecchia massima "nemo liberalis nisi liberatus", e il suo valore. Il diritto di separazione contro i legatari.

Quali sono gli effetti del beneficio della separazione? Ciò è molto controverso.<sup>1)</sup> Alcuni dicono che la separazione produce l'effetto di rescindere l'accettazione dell'eredità, cioè l'erede si considera rispetto ai creditori separatisti come se non fosse accettante. La conseguenza logica sarebbe che il patrimonio ereditario serve solo ed esclusivamente a soddisfare i creditori ereditari ed i legatari, invece il patrimonio dell'erede serve solo ed esclusivamente a soddisfare i creditori personali dell'erede. Quindi i creditori ereditari ed i legatari, ove non trovassero sufficiente il patrimonio del defunto per soddisfare i loro crediti, non avrebbero alcun diritto a rivolgersi dopo sui beni personali dell'erede e viceversa, i creditori personali dell'erede non avrebbero mai il diritto di ricorrere ai beni ereditari. Que-



sta scissione dei due patrimoni che in sostanza for-  
 mava un solo, non è ammissibile, almeno per il  
 diritto nostro, perché principio generale del diritto no-  
 stro è che tutti i beni del debitore formano ga-  
 rantia comune dei creditori. Ora, avvenuta l'acce-  
 tazione e quindi la confusione ereditaria, il patri-  
 monio del defunto è una sola cosa con quello dell'  
 l'erede e quindi i creditori personali dell'erede astrat-  
 tamente hanno sempre diritto sui beni che il loro  
 debitore ha acquistato, in base alla confusione. D'al-  
 tra parte i creditori del defunto, appunto perché cre-  
 ditori del defunto, sono nel tempo stesso creditori del  
 l'erede, e quindi possono in base ai principi ge-  
 nerali pretendere di soddisfarsi sui beni personali  
 dell'erede qualora non siano sufficienti i beni  
 ereditari.

Ora al principio generale, la legge ha fatto una  
 eccezione col beneficio della separazione, ma questa ec-  
 cezione ha valore limitato. La legge dice solo che  
 il beneficio della separazione concede ai creditori e  
 ai legatari che se ne avvalgono una preferenza  
 sui creditori dell'erede; da ciò non segue che av-  
 venga una completa scissione dei due patrimo-  
 ni, e quindi la garanzia dei creditori ereditari e  
 dei legatari sia limitata esclusivamente al patrimo-  
 nio ereditario. 2°) Siccome quest'opinione non è fondata  
 nella legge, bisogna esaminare l'altra, ed è che  
 i creditori ereditari ed i legatari sono preferiti ai



creditori personali dell'erede sui beni ereditari, ma se i beni ereditari non siano sufficienti per soddisfare i loro crediti, essi possono concorrere anche sui beni personali dell'erede, ma solo quando i creditori personali dell'erede siano rimasti soddisfatti dei loro diritti e resti qualche residuo. Anche quest'opinione non è fondata: se i beni ereditari non siano sufficienti a soddisfare i creditori ereditari ed i legatari, questi in base ai principi generali hanno diritto di rivolgersi sui beni personali dell'erede e ciò senza preferenza alcuna, inquantochè essi essendo creditori del defunto, sono, in base all'accettazione, creditori anche dell'erede, essendo avvenuta la confusione. Quindi la legge se pone un limite al principio generale della responsabilità universale di tutto il patrimonio del debitore, lo fa solo in vantaggio dei creditori ereditari. Invece se, quando quest'opinione s'avrebbe un danno per i creditori ereditari; perchè avrebbero sì la garanzia sul patrimonio del defunto, ma perderebbero il diritto proveniente dai principi generali di poter perseguire i beni personali dell'erede. 3° Resta la terza opinione, cioè i creditori ereditari ed i legatari esercitando il beneficio della separazione vengono ad ottenere un diritto di preferenza sui creditori personali dell'erede, soltanto sui beni ereditari. Pertanto possono darsi due ipotesi: se i beni ereditari siano sufficienti a soddisfare i crediti ereditari, ciò che resta sarà anche garanzia per i creditori personali dell'erede; e viceversa se



i beni ereditari non siano sufficienti a soddisfare i creditori ereditari e i legatari, costoro conservano il diritto proveniente dai principi generali, di perseguire anche i beni personali dell'erede e su questi beni possono concorrere insieme con i creditori personali di costui senza che questi possano pretendere d'essere preferiti, giacchè se la separazione giova a qualche persona, giova al creditore ereditario, non mai al creditore dell'erede, giusta ciò che abbiamo detto. Ora è vero che sarebbe equo concedere ai creditori personali dell'erede una specie di diritto di separazione, quando l'eredità sia onerata di debiti. Pure siccome questo principio è stato rifiutato dal Diritto romano e dal nostro, così non si può per via indiretta, senza un disposto di legge, concedere ai creditori personali dell'erede un diritto di preferenza sui beni appartenenti all'erede stesso.

Così il primo ed importante effetto della separazione consiste unicamente nel diritto dei creditori ereditari e dei legatari di essere soddisfatti non già esclusivamente sui beni ereditari, ma con preferenza sui creditori personali dell'erede; dinodochè se qualche cosa resta, andrà a vantaggio dei creditori personali dell'erede; se non resta nulla, allora i creditori ereditari, non ostante il beneficio della separazione avranno sempre il diritto di perseguire il patrimonio personale dell'erede ciò non già dopo i creditori di costui ma in concorrenza con essi, come



se non avessero mai esercitato il diritto di separazione.

Il diritto di separazione quindi si risolve in un diritto di preferenza. Qual'è la sua natura? È un diritto personale o è un diritto reale? E se è diritto reale, è diritto d'ipoteca o è un diritto sui generis? La questione è importantissima e difficile a risolversi, perché da una parte vi sono delle tradizioni storiche che additano una soluzione, dall'altra parte stanno i principî del nostro codice che menano ad una decisione diversa, si aggiunga che le stesse disposizioni del nostro codice sono oscure, e quindi hanno dato luogo ad una molteplicità di sistemi intorno all'indole giuridica del diritto di separazione.

Ora questa, notate, è una questione puramente accademica, d'interesse scientifico; ma vi sono delle conseguenze di cui importantissima è quella che concerne la risoluzione del conflitto tra creditori ereditari separatisti, cioè che hanno domandato il diritto di separazione e creditori ereditari non separatisti. Perché la legge, come vedremo tra poco, dice che il diritto di separazione giova a chi l'ha esercitato. Ora vi possono essere più creditori ereditari, più legatari, alcuni dei quali esercitano il diritto di separazione, altri no. Se il diritto di separazione, dove giova solo a chi l'ha esercitato, si domanda: significa ciò che i creditori non separatisti



Si non abbiano alcun diritto di concorrere con i creditori separatisti: oppure che hanno questo diritto di concorso, ma in misura limitata? Questa questione non si può risolvere adeguatamente, se non vedendo quale sia l'idea del diritto di separazione; perché se questo è semplicemente un diritto personale, che ha valore soltanto rispetto ai creditori dell'erede, allora i creditori separatisti non acquistano alcun diritto reale di preferenza rispetto ai non separatisti; conserveranno l'antica condizione giuridica di modo che se erano creditori chirografari, resteranno tali anche rispetto ai creditori non separatisti. Se invece il diritto di separazione sia un vero diritto reale d'ipoteca o simile alla ipoteca, non v'è che chi ha esercitato la separazione potrà soddisfarsi dell'intero credito a danno dei creditori non separatisti, che si trovano nella condizione di semplici creditori chirografari.

Un'opinione molto diffusa è che si fonda sulla tradizione romanistica, e che il diritto di separazione costituisca un privilegium exigendi, un diritto di prelazione che non costituisca diritto reale, ma soltanto diritto ad essere preferito in concorso di certe determinate persone. La natura di questo privilegio non è precisa per il nostro codice. Due sono i diritti di prelazione, il privilegio e l'ipoteca. Ma il privilegio è diritto reale o personale? Alcuni dicono che sia un diritto reale, ma più ne meno



che l'ipoteca, da cui diversifica per la forma, per la causa del credito e per il modo di esplicazione; altri invece credono che il privilegio sia un diritto di prelazione personale soltanto, inquantochè non conferisce diritto sulla cosa e quindi non conferisce il diritto di perseguire la cosa presso chiunque si trovi, anche se sia stata validamente alienata, ma conferisce soltanto il diritto sul valore, sul prezzo della cosa, nel senso che quando l'oggetto su cui v'è privilegio sarà venduto, il creditore privilegiato ha diritto sul prezzo ad essere preferito agli altri creditori. Quindi in base a questa considerazione sarebbe un diritto che si esercita solo in concorrenza con gli altri creditori, e perciò sarebbe un diritto personale, e non reale; perchè il diritto reale è quello che per sua natura si esercita, anche se non vi siano altri creditori che hanno diritto sulla cosa.

Non crediamo necessario risolvere la questione in generale e in astratto; ci basterà vedere se il diritto di separazione possa considerarsi come un privilegio nel senso di diritto personale di prelazione che non importi diritto sulla cosa, ma semplice diritto ad essere preferito nella distribuzione del prezzo in confronto agli altri creditori. Alcuni hanno voluto sostenere questo in base ai principii romanistici, perchè pare che nel diritto romano fosse così; invece noi dobbiamo pensare il contrario per diverse ragioni desunte dalla legge stessa. Che non si tratti di diritto personale si rileva da questo,



che quando questo diritto deve esercitarsi sui beni immobili la legge vuole che si seguano le stesse forme richieste per l'iscrizione ipotecaria (art° 2060). E non solo la legge vuole che si seguano le stesse forme occorrenti per l'iscrizione ipotecaria, perché questo non sarebbe decisivo, ma aggiunge qualche cosa di più: nell' art° 2065 dice: « tutte le disposizioni relative alle ipoteche sono applicabili al vincolo derivante dalla separazione del patrimonio regolarmente iscritto sopra gli immobili dell' eredità ». Ora che vuol dire quest' articolo? Se la legge avesse voluto dire, come sostengono alcuni, che il vincolo del diritto di separazione deve assumere solo le forme esterne dell' iscrizione ipotecaria, quest' articolo sarebbe inutile, inquantochè c'è l' art° 2060 che riguarda appunto la forma da seguire. Perciò l' art° 2065, posto accanto all' art° 2060, non può concernere solo la forma dell' iscrizione. Certamente il fatto che il diritto di separazione assume la forma esteriore dell' ipoteca non è decisivo, perchè l' iscrizione, come la trascrizione, per se stessa sono delle forme di pubblicità, le quali possono aver luogo non solo per i diritti reali, ma anche per i diritti personali. Infatti la locazione oltre novennale sappiamo che dev' essere trascritta, eppure resta un diritto personale. Parimenti l' accettazione col beneficio d' inventario sappiamo che dev' essere trascritta, ma forse la trascrizione fa acquistare efficacia reale all' accettazione? No, la forma per se stessa nulla dice. Invece, considerando bene l' art° 2065, appare evidente che la legge non si riferisce



dell'atto di alienazione per cui l'ipoteca è sorta (art. 1942 cap.) - Ciò posto, dimostrato che l'iscrizione della separazione sugli immobili ha tutti i caratteri essenziali del diritto d'ipoteca, non può negarsi che sia un diritto reale, sia pure che non possa qualificarsi vera e propria ipoteca legale, ma debba dirsi un diritto reale analogo all'ipoteca.

Che poi sia un diritto reale si deduce anche da un'altra considerazione, che non si può fare pel codice francese. Il codice francese parla di privilegio in generale della separazione e quindi s'è fatta una grande discussione se questo sia un privilegio personale o un privilegio avente i caratteri di diritto reale. Un autore francese, di criterio indipendente, dice che non stanno né la dottrina e la giurisprudenza ritengano che sia diritto reale, non si può ammettere che sia tale; questo si potrebbe, solo ove la separazione importasse diritto a perseguire la cosa presso chiunque si trovi; ma dal momento che il codice francese tace in questo punto, non si può ritenere che si tratti di diritto reale. Nel nostro codice invece abbiamo che il diritto di separazione esercitato su immobili importa diritto di persecuzione verso il terzo: per ciò nell'art. 2062 già da noi esaminato nella passata lezione, si dice che l'iscrizione della separazione è efficace non stante siano intervenute delle trascrizioni o delle iscrizioni precedenti, il che significa che anche se l'erede abbia venduto un immobile, abbia



donato, abbia concesso un diritto di servitù o d'ipoteca, queste concessioni valgono come non fatte. Questo significa che il creditore ereditario o il legatario il quale iscriva in tempo utile il diritto di separazione, può perseguire l'immobile validamente alienato dall'erede. Il diritto di separazione perciò, oltre ad assumere la forma dell'ipoteca, importa le stesse conseguenze dell'ipoteca, anzi delle conseguenze maggiori, inquantochè l'ipoteca derivante dal diritto di separazione importa diritto di perseguire l'immobile, anche se alienato prima della separazione. Si dice: questo potrà essere vero per gl'immobili, ma per i mobili? Per i mobili confesso che la questione diventa più ardua, perchè la legge non dà alcun argomento per decidere. Infatti, mentre il diritto di separazione esercitato su immobili assume la forma e la sostanza di un vincolo ipotecario, invece per i beni mobili ci troviamo piuttosto di fronte ad un sequestro conservativo: il diritto di separazione sui mobili deve domandarsi in giudizio, ed il magistrato (Tribunale o pretore, a seconda dei casi) ordina che questi mobili siano posti sotto sequestro. Si può dire che questo sia un diritto reale o personale? Nulla ci dice la legge; però la logica vuole che se il diritto di separazione esercitato sui beni che hanno maggiore valore e maggiore importanza, quali sono i beni immobili, è un diritto reale d'ipoteca, si può considerare che un'analoga natura abbia il



diritto di separazione esercitato sui beni mobili come il diritto esercitato sui beni immobili è un diritto analogo all'ipoteca, e sì il diritto di separazione esercitato sui beni mobili è una specie di pegno legale e le cose che vengono poste sotto sequestro in base alla domanda di separazione, debbono servire a soddisfare i creditori che hanno domandato la separazione. Data l'unità concettuale dell'istituto della separazione, che è sempre un diritto di preferenza, se la legge ha ritenuto questo diritto di preferenza come un diritto reale, per beni immobili, è logico ritenerlo tale per i beni mobili.

Oelinata così la natura del diritto di separazione possiamo ora discutere la questione importante che si fa da tutti gli autori, se vi sia o no preferenza in favore dei creditori separatisti a danno dei creditori non separatisti. Il codice dà qualche elemento per risolvere la questione, ma questo è insufficiente. Il codice dice che la separazione giova a coloro che l'hanno domandata. Su questa frase del codice che si trova nell'art. 2063 si possono fondare tutte e due le opinioni contrarie. Alcuni dicono: dal momento che la legge dispone che il diritto di separazione non giova se non a chi lo ha domandato, vuol dire che i creditori non separatisti non avranno diritto a concorrere con i separatisti sul patrimonio ereditario. Altri oppongono: ciò non è vero; dicendo la legge che la separazione non giova se non a chi l'ha domandata, vuol significare che solo i creditori i quali hanno



domandato la separazione, non debbono subire il concorso dei creditori personali dell'erede, ma non già ch'essi soli debbono soddisfarsi esclusivamente sul patrimonio ereditario; quando la legge dice che i creditori non separatisti non si possono giovare della separazione, significa che essi pur conservando il diritto di soddisfarsi sui beni ereditari, debbono subire su questi stessi beni il concorso dei creditori personali dell'erede. Tanto l'una che l'altra opinione si fondano sulla parola della legge, questa non basta quindi per risolvere la questione: ma bisogna metter capo all'indole giuridica del diritto di separazione. Supponiamo che il patrimonio ereditario sia di £40.000 e che vi siano tre creditori, ciascuno dei quali ha diritto a 20.000 lire, quindi abbiamo un passivo di 60.000 lire di fronte ad un attivo di 40.000. Due soli di questi creditori chiedono la separazione, il terzo non la chiede. Se si accoglie l'opinione secondo la quale i soli creditori separatisti hanno diritto a soddisfarsi esclusivamente sul patrimonio ereditario, ne viene che sulle 40.000 lire attivo ereditario avranno diritto a soddisfarsi solo i creditori che avranno domandato la separazione, cosicchè essi potranno esaurire tutto l'asse ereditario senza curarsi del terzo creditore che non ha domandato la separazione. Invece seguendo l'opinione di quelli i quali credono che la separazione non concede già il diritto di soddisfarsi esclusivamente sui beni ereditari, ma solo un diritto di preferenza sui creditori personali dell'erede,



e che quindi anche i creditori non separatisti hanno diritto di concorrere sui beni ereditari, subendo però il concorso dei creditori dell'erede, ne viene l'altra conseguenza che i primi due creditori che hanno iscritto il vincolo della separazione, non possono soddisfarsi per intero delle 20.000 lire che spetterebbero a ciascuno, ma debbono tenere conto delle altre 20.000 che spettano al terzo creditore. Quindi, siccome tutto l'attivo è 40.000 lire, e queste debbono ripartirsi proporzionalmente tra tutti e tre i creditori, ciascuno avrà  $\text{£ } 13.333.33$ . Quindi mentre i primi due creditori avranno  $\text{£ } 13.333.33$  per ciascuno le altre  $13.333.34$  non spetteranno per intero al terzo creditore, ma su queste concorreranno anche i creditori personali dell'erede. Ecco come anche con questo sistema viene ad essere applicata la lettera della legge; perché i creditori non separatisti non ricevono un vero giovamento dalla separazione, in quanto debbono subire il concorso dei creditori dell'erede. Ma contro questo sistema si osserva che indirettamente, così i creditori separatisti possono venire in certi casi a soffrire la presenza dei creditori personali dell'erede. Perché? Diciamo che i creditori personali dello erede vantino poco, tanto da lasciare un largo margine per il pagamento dei creditori ereditari. Seguirà che il creditore non separatista che trova da soddisfarsi sul patrimonio personale dell'erede, non molesterà i creditori separatisti per i quali resta libero tutto il patrimonio ereditario. Invece se il patrimonio personale dell'erede è oberato da debiti e si concede ai creditori



non separatisti il diritto di concorrere anche sui beni ereditari, né senza la conseguenza che i separatisti indirettamente risentiranno danno dall'esistenza dei creditori personali; mentre per principio generale essi debbono essere trattati come se i creditori personali non vi fossero. <sup>cut</sup> Ma e due le opinioni si fondano su argomenti plausibili, basati sulla lettera della legge. Invece se noi mettiamo il concetto che il diritto di separazione costituisce un diritto reale dobbiamo ritenere come tale, <sup>co</sup> so conferisce a chi lo esercita un diritto pieno ed esclusivo. Se il diritto di separazione deve equipararsi ad una <sup>i</sup> ipoteca, quali sono le conseguenze? Come chi iscrive ipoteca su un fondo è preferito per l'intero credito sui creditori non ipotecari, così chi ha iscritto il vincolo di separazione sarà preferito per l'intero credito ai creditori non separatisti. Ed invece la legge stessa pretende per l'iscrizione del vincolo di separazione, la determinazione della somma. Perché questa determinazione se quel bene non fosse vincolato per l'intera somma? Dato il carattere reale del diritto di separazione, ne viene che i creditori separatisti si possono soddisfare interamente dei loro crediti, fino alla concorrenza delle forze dell'asse ereditario; sicché solo quando qualche cosa resta, possono concorrervi anche i creditori non separatisti. Si dice che così si viene a turbare l'uguaglianza nella condizione giuridica dei creditori, ma questo <sup>tur-</sup> bamento non è effetto della legge, ma è imputabile a colpa degli stessi creditori, perché la legge concede a tutti indistintamente i creditori ereditarii la facoltà di eserci-



fare il diritto di separazione. Se il diritto di separazione è un diritto reale ha però efficacia solo contro chi non l'ha esercitato quando invece più creditori separatisti esercitano tutti il diritto di separazione, prendendo iscrizioni in tempi diversi, pure queste varie iscrizioni si reputano avere unica data: onde il diritto di separazione tra i vari creditori che l'hanno esercitato non altera la primitiva loro condizione giuridica (art.º 2063). Quindi nel caso di tre creditori, tutti chirografari, che hanno domandato la separazione in tempi diversi, pure avendo le varie iscrizioni date differenti ciò non importa, si considerano come se fossero state fatte contemporaneamente. Se erano creditori chirografari prima, tali sono anche ora: quindi ove l'asse ereditario non basti a soddisfarli per intero, concorreranno per contributo. Ma una conseguenza che a prima vista potrebbe impressionare e che deriva dalla nostra opinione è la seguente: supponiamo che non siano stati i creditori che abbiano iscritto il vincolo della separazione, ma siano stati i legatari, mentre i creditori furono negligenti; questi legatari potranno soddisfarli dell'intero legato e i creditori ereditari potranno rimanere a mani vuote. Contro questa conseguenza si grida dai sostenitori della contraria opinione, da quelli specialmente che in cambio dei principi giuridici vogliono seguire principi di equità. Si dice: come mai volete preferire i legatari ai creditori? Questa è una enormità: e s'invoca quel principio tradizionale del diritto romano, secondo il quale nessuno può fare delle liberalità se prima non si sia liberato dei debiti: « *nemo liberalis, nisi liberatus* ». Certamente



questa conseguenza è grave e contraddice alla citata massima romana, ma è desso un principio generale di diritto? La massima romana non è un principio generale di diritto, è solo un principio di equità, che ha ispirato alcuni istituti giuridici ma che non è stato attuato nella sua generalità. Eccone la prova. Se fosse un vero principio giuridico ne verrebbe la conseguenza che chi ha debiti non potrebbe fare delle donazioni: le donazioni fatte da chi ha debiti sarebbero nulle, perché quando alcuno è oberato di debiti e nonostante fa donazioni, egli viene a disporre di denaro non suo e quindi moralmente fa una cosa riprovevole; eppure giuridicamente non è così. Queste donazioni si possono impugnare dai creditori, non già per il semplice fatto che furono compiute in tempo in cui il donante era oberato di debiti; ma solo se il donante ha avuto la coscienza di danneggiare i suoi creditori (se insomma è il caso dell'azione pauliana). Ancora: se una persona carica di debiti fa un testamento in cui lascia tutti o alcuni suoi beni a titolo di legato, i legati sono validi o pur no? Sono validi, e la proprietà passa immediatamente dal defunto al legatario senza bisogno di nessuna accettazione. Questi legati sono sottoposti a riduzione per completare la legittima, ma non a riunione per completare l'attivo ereditario e pagare i debiti. I creditori hanno un rimedio di cui parleremo tra poco; ma se non ricorrono a questo rimedio la massima «*nemo liberalis, nisi liberatus*» non può essere invocato. E non solo nella ipotesi di legati di cosa certa, i legatari vengono preferiti ai creditori,



perchè quelli acquistano sulla cosa un diritto reale che questi non hanno; ma anche nell'ipotesi di legati di quantità, in cui i legatari sono altrettanti creditori dell'erede, non sono ad essi preferiti i creditori ereditari, se l'erede accetta puramente e semplicemente. I creditori del defunto, come subiscono il concorso dei creditori personali dell'erede, così subiscono anche quello dei legatari che vanno annoverati tra questi ultimi. In un sol caso la legge fa l'applicazione di quella massima, nel caso dell'accettazione col beneficio dell'inventario. Quando l'erede ha accettato col beneficio dell'inventario può pagare i legatari e i creditori a misura che si presentano; ma i creditori ereditari hanno diritto di regresso contro i legatari pagati precedentemente. In questo caso la massima è applicata. La massima però non viene applicata neanche nell'ipotesi di beneficio dell'inventario in tutti i casi. Infatti quali sono i legatari contro cui si è diritto di regresso? I legatari i quali non hanno che un diritto di credito; ma se il legatario sia di una cosa determinata, la cui proprietà si è trasmessa direttamente dal defunto, contro di lui che ha avuta la consegna della cosa dall'erede, il regresso non c'è perchè in questo caso il legatario ha esercitato un suo diritto reale. Ecco, per concludere, che in moltissimi casi quella massima non ha applicazione, resta un principio vuoto, quindi non possiamo scandalizzarci se vediamo il legatario preferito ai creditori ereditari solo perchè ha esercitato il diritto di separazione.

Un'altra conseguenza derivante dalla natura reale del



vincolo di separazione è questa: che mentre il debito è divisibile, nella separazione diventa indivisibile. Supponiamo che vi siano più eredi: se si dovesse dividere il debito, i creditori dovrebbero pretendere da ciascuno dei vari coeredi una data porzione, invece se i creditori chirografari prendono iscrizione a titolo di separazione sui beni immobili dell'eredità, senza badare a chi dei vari coeredi appartengano, ne segue che il coerede possessore di quest'immobile, qualunque sia, deve pagare l'intero debito ereditario, appunto perchè questo è l'effetto dell'ipoteca.

Sul fine è da notare che, diversamente dal Diritto romano e anche dal francese, il diritto di separazione spetta ai creditori non solo contro l'erede, ma anche contro i legatari, con le stesse forme e gli stessi effetti con cui ordinariamente s'esercita contro l'erede. Ciò risulta esplicitamente dall'art. 1033, in cui è detto: « il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditari, salvo però se creditore su l'azione ipotecaria sul fondo legato, e salvo altresì il diritto di separazione » Su tal guisa i creditori ereditari evitano il pericolo di vedere esaurito in tutto o in parte, a loro danno, l'asse ereditario: il legatario, esercitando il diritto di separazione sui beni loro pervenuti per testamento, si trovano nella stessa condizione che se avessero avuto dei beni ipotecati: non rispondono personalmente dei debiti iscritti, ma ne rispondono propter rem: dovranno cioè subire l'esercizio dell'azione reale, se non preferiscano pagare i creditori. Su tal modo costoro, ma in tal modo soltanto, possono far bris-



fare la vecchia massima « *nemo liberalis, nisi liberatus* » che altrimenti invocherebbero innano: il che riesce expediente più che utile, necessario addirittura, ove il testatore abbia disposto dei suoi beni tutti a titolo di legato, senza lasciare un erede; o anche se abbia lasciato un erede, questi abbia accettato con beneficio d'inventario, mentre la maggior parte dell'asse ereditario è stato consumato in legati di cosa certa e determinata; oppure anche se abbia accettato puramente e semplicemente ma abbia un patrimonio oberato da debiti. Si sorgerà così ancor meglio come, esteso il rimedio della separazione anche contro i legatari, riesce sempre più improprio l'espressione giusta nel Diritto romano, cioè « *separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* »

---



## Lezione XXVIII<sup>a</sup>

### Sommario

Rapporti tra i vari coeredi - La collazione - Concetto: storia: fondamento e scopo - Casi in cui essa deve aver luogo.

Dopo aver parlato dei rapporti tra gli eredi e i terzi, bisogna parlare dei rapporti dei coeredi fra loro.

Se ad una persona succedono più eredi, i rapporti tra di questi si concretano nell'operazione della divisione. Dalla teoria della divisione credo però utile scindere la teoria che riguarda un'operazione preliminare ad essa importantissima cioè la collazione. Noi potremmo logicamente parlare della collazione trattando della divisione, ma così il discorso verrebbe ad essere frastagliato: invece per studiare ampiamente quest'istituto ne parleremo a parte. Solo ricordiamo che la collazione non ha significato se non in rapporto alla divisione: quindi se la divisione non ha luogo perché c'è un solo erede, non c'è possibilità nemmeno di parlare della collazione; onde un'operazione preliminare della divisione si può dire la collazione; ma un'operazione preliminare non di ogni divisione ereditaria, ma solo di quella che abbia luogo tra i discendenti del defunto, come meglio vedremo.

Che cos'è la collazione, qual'è il suo scopo, quale il suo fondamento, quali i suoi requisiti?

La collazione è uno degli argomenti più oscuri che vi sia.



no nel nostro codice, in materia di successione, perchè molte disposizioni di legge solo inesattamente vengono riferite alla collazione, ed inoltre l'istituto, quale è disciplinato dal nostro codice, non è più quello del Diritto romano e delle consuetudini francesi. Onde bisogna tener conto delle inesattezze della legge e delle differenze fra le precedenti legislazioni per avere il concetto esatto di questo istituto.

La collazione, come dice la parola stessa, consiste nel conferire nella massa ereditaria delle liberalità avute in vita dal defunto, allo scopo di evitare una disparità di trattamento tra i coeredi. Questo è il concetto ampio che si può applicare alla collazione in qualsiasi legislazione. Però volendo meglio determinare questo concetto per il diritto nostro, possiamo dire che la collazione consiste nell'obbligo che ha un coerede discendente del defunto di conferire nella massa ereditaria le donazioni avute dal defunto stesso, per evitare la disparità di trattamento rispetto agli altri coeredi egualmente discendenti dal defunto. Cosicchè come vedremo meglio, i requisiti per l'obbligo della collazione sono questi: anzitutto che vi sia una donazione, che la donazione sia stata fatta dal *de cuius*, che sia stata fatta ad un discendente, che questo discendente sia erede, e che succeda insieme ad altri discendenti del defunto. E solo quando questi requisiti s'incontrano sorge l'obbligo della collazione.

Enunciato il fondamento e quale lo scopo dell'istituto della collazione? Se noi consultate tutti gli autori francesi ed italiani, trovate generalmente ripetuto che l'istituto della colla-



nione si basa sulla presunta volontà del defunto e ha  
per scopo di mantenere la completa uguaglianza tra gli eredi  
di discendenti. Si presume che un ascendente non voglia trat-  
tare disegualmente i suoi discendenti e che perciò quando ha  
fatto donazione ad un discendente abbia inteso farla solo a  
titolo d'anticipazione della quota di successione. Su questa pre-  
sumione di volontà, la quale ha il suo fondamento nell'egua-  
le affetto verso i vari discendenti, si fonda l'obbligo della  
collazione, la quale non viene a concretare quell'uguaglian-  
za tra i vari discendenti che si deve presumere in ba-  
se al presunto affetto che un padre deve avere per i fi-  
gli. Ora questo fondamento, secondo me, è falso, e la fal-  
sità di esso si dimostra guardando brevemente la sto-  
ria della collazione. Come si è originato l'istituto della  
collazione nel Diritto romano? Sapete che i figli eman-  
cipati non avevano per il *jus civile* il diritto alla succes-  
sione paterna, perchè al padre succedevano soltanto  
i sui. Il Pretore, in base all'equità, ammise anche agli e-  
mancipati alla successione paterna, ma non senza una li-  
mitazione; perchè se gli emancipati fossero successi al  
padre nella stessa misura che i sui, ne sarebbe sem-  
brata una grave ingiustizia, in quanto mentre gli emancipa-  
ti appunto perchè tali avevano potuto fare degli acqui-  
sti in nome proprio, invece i sui, appunto perchè sot-  
toposti alla patria potestà, non avevano potuto acquistare  
niente, e tutto ciò che avessero potuto acquistare con la  
loro industria l'avevano acquistato in favore del *pater  
familias* e quindi della massa ereditaria che veniva



così aumentata degli utili ricavati dai sui col proprio lavoro. Or se gli emancipati avessero dovuto partecipare all'eredità con l'altro avrebbero profittato delle fatiche dei sui e avrebbero conservato gli acquisti fatti per proprio conto dopo l'emancipazione il che si sarebbe risolto in una disparità manifesta. Per evitare questa disparità il Pretore concesse agli emancipati il diritto di succedere al padre, in concorso ai sui, però con questa limitazione, che essi dovessero conferire nella massa ereditaria tutti i beni che avevano acquistato in nome proprio e che non avrebbero potuto acquistare ove fossero rimasti ancora sotto la patria potestà. Da questa collatio bonorum derivava l'uguaglianza di trattamento tra i sui e gli emancipati, inquantochè se tutto ciò che avevano acquistato i sui si trovava nella massa ereditaria, anche tutto ciò che avevano acquistato gli emancipati in nome proprio era giusto che dovesse trovarsi nella stessa massa. Quindi lo scopo della collatio in origine fu quello di parificare la condizione degli emancipati a quella dei sui. Ma non entrava per nulla la volontà del de cuius non trattandosi di conferire beni da lui provenienti. Un'altra applicazione del medesimo principio di equità diammi ricordato si ebbe poi per le figlie sottoposte alla patria potestà. Le quali non potevano acquistare niente, ma introdotto l'istituto della dote conseguiva che quando le figlie dotate dovevano partecipare alla successione paterna o materna, qualora esse non avessero dovuto tener con-



to della dote avuta, si sarebbero trovate in condizione migliore dei maschi sottoposti alla patria potestà e delle figlie non dotate. Per togliere tale inconveniente si introdusse la collatio dotis, cioè le figlie maritate sottoposte alla patria potestà dovevano conferire la dote, sia che questa fosse profecticia, sia che fosse adventicia, od in altre parole, sia che derivasse dal patrimonio paterno, sia che derivasse dal patrimonio di un terzo. Anche qui la volontà del padre non vi entrava per nulla potendo la dote esser costituita da un estraneo. Scompare le differenze tra i sui e gli emancipati; gli istituti della collatio bonorum e della collatio dotis non avevano ragione di esistere giacchè tutti i figli potevano acquistare in nome proprio. Nel diritto Giustiniano l'istituto della collatio cambiò fisionomia e scopo, pur rimanendo la stessa parola. Data la capacità che tutti i figli avevano di acquistare in nome proprio, che cosa si doveva conferire nel caso di concorso di più figli che succedono ad unico genitore? Non già tutti i beni che alcuni avessero acquistato, non già la sola dote, ma quelle donazioni che un discendente avesse avuto; qualora, notate, queste donazioni, date le circostanze di fatto, potessero presumersi fatte a titolo di anticipazione della futura quota di successione. In tal modo appare come la collatio in quest'ultimo senso trovasse un addentellato nella collatio dotis. Abbiamo visto infatti che quando la figlia era sottoposta alla patria potestà doveva conferire la dote profecticia ed adventicia. Distrutto l'istituto della *suita*, ne seguì che se, quando la dote era adventicia non s'era più



ragione della collatio dotis, perchè la dote costituita da un terzo era un beneficio che non derivava dal patrimonio ereditario, rimase però la possibilità della collatio dotis nel caso che la dote fosse profecticia, perchè altrimenti sarebbe seguita una disparità di trattamento tra le figlie non dotate, tra le figlie dotate ed i maschi, e come la dote furono sottoposte a collazione le donazioni che avessero carattere d'assegno fatto dal padre ai figli, non già allo scopo di fare una liberalità, ma allo scopo di fare un'anticipazione. L'istituto della collazione pur conservando l'antico nome e lo scopo generico di mantenere una certa parità di trattamento tra i figli cambiò natura, in quanto servì a far conferire che quelle donazioni che si dovevano presumere fatte in anticipazione della quota di successione e quindi ad attuare tra i discendenti quell'eguaglianza che lo stesso ascendente aveva mostrato di volere, e nei limiti della sua volontà. Il principio fondamentale della collazione delle donazioni in Diritto romano si può dire essere stato il rispetto della volontà del padre famiglia, e lo scopo il mantenimento dell'eguaglianza tra i discendenti, se in quanto fosse voluta dall'ascendente. Infatti per Diritto romano furono sottoposte a collazione non già tutte le donazioni, ma solo quelle che per le circostanze in cui furono fatte e per la loro natura davano a divedere chiaramente che l'intenzione del donante fu quella di dare una anticipazione sulla quota d'eredità, quali la dote, l'assegno per l'esercizio di un'arte industria e simili (1). Che avvenne

(1) In tali casi, quando cioè non si tratta di una donatio simplex,



nel Diritto francese?

Nel Diritto francese l'istituto della collazione ebbe fondamento del tutto diverso. Infatti se nei paesi di diritto scritto o di Diritto romano, si seguivano i principi del diritto romano alterati, in quanto furono sottoposte a collazione tutte le donazioni, invece nei paesi di Diritto consuetudinario, in cui prevaleva lo spirito del Diritto germanico, l'istituto della collazione, se continuò a conservare il nome romano ebbe sostanza tutta diversa, perchè non solo tutte le donazioni senza eccezione alcuna, ma anche tutte le liberalità testamentarie furono sottoposte a collazione, in base al principio che nessuno potesse essere erede e legatario o erede e donatario nel tempo stesso. Quali furono le conseguenze di questa innovazione? Conseguenze gravissime, perchè così si tolse qualsiasi libertà ad una persona di disporre delle cose sue. Quand'anche alcuno avesse fatta una donazione senza intenzione di voler fare un'anticipazione sulla quota successoria, questa donazione era sottoposta a collazione, C'è di più: quando alcuno fa un legato sia pure all'erede legittimario, è chiara l'intenzione di voler dare qualche cosa di più della legittima. Eppure di quest'intenzione non si teneva nessun conto, in quanto gli eredi che erano legatari non

ma di una donazione imposta da determinata convenienza o necessità sociali (matrimonio, collocamento di un figlio), è chiaro che il padre si determinò a farla non per una pura predilezione, ma per soddisfare determinate esigenze, che ove si fossero verificate per altri figliuoli lo avrebbero indotto allo stesso trattamento verso di essi. Invece nelle donazioni semplici, non vi è alcuna necessità o convenienza che costringa il donante: se l'ascendente dona, è proprio perchè intende beneficiare in modo particolare un figlio più che un altro (Cf. Ferrisi Parafette, § 653).



potivano approfittare di questi legati dovendo metterli in collazione. Così, riesce evidente che, mentre il Diritto romano parte dal principio della libertà individuale nella disposizione dei propri beni, invece il Diritto francese seguendo il germanico si fondò sul principio della comproprietà di famiglia non tenendo alcun conto della libertà individuale. I componenti di una famiglia erano eredi del capo di essa per legge, per diritto del sangue, non per volontà dell'uomo (*solus Deus potest facere haeredes, non homo*), perchè essi erano considerati come comproprietari del patrimonio familiare; quindi i loro diritti non potevano essere alterati dalla volontà dell'uomo. Conseguenza di questo principio, e sanzione di esso fu l'istituto della collazione, perchè colla collazione si impediva a persona che avesse eredi legittimi di disporre in qualsiasi modo, sia per atto tra vivi sia per testamento, essendo tutte le donazioni, tutti i legati fatti agli eredi sottoposti a collazione; onde le donazioni e i legati si consideravano come non fatti, perchè gli eredi dovevano succedere sempre per parti eguali, come prescriveva la legge. La collazione nel Diritto consuetudinario francese dunque si per fondamento il principio della comproprietà familiare, non la volontà effettiva o presunta del defunto, a cui anzi le più volte contraddiceva. Questo principio comune a tutto il Diritto francese fu applicato da alcuni statuti più rigorosamente, da altri meno rigorosamente. Infatti in alcuni statuti si stabilì che la collazione delle donazioni o dei legati fosse dovuta anche quando il testatore espressamente ne



avesse dispensato. Inoltre si era obbligati a conferire le donazioni ed i legati anche se il donatario rinunziasse all'eredità. Cosicché in nessun modo si poteva sfuggire alla collazione. Questi statuti rigorosi vennero detti statuti di eguaglianza perfetta, di eguaglianza assoluta ed erano i più antichi ma meno numerosi. Da altri statuti meno rigorosi, detti statuti di eguaglianza semplice, fu proibita sì la dispensa della collazione, ma d'altra parte si permise all'erede di rinunziare alla successione per non essere obbligato a conferire le donazioni precedentemente ricevute. Questi erano i più numerosi e rappresentavano il diritto romano.

Altri statuti infine permisero al donante di esprimere la sua volontà contraria alla volontà della legge, concedendogli la facoltà di dispensare dalla collazione le donazioni o i legati che pure per se stessi vi sarebbero sottoposti. Questi statuti erano detti di precapienza (*de precipitis*). Qui troviamo anche il principio della comproprietà familiare, però non un'efficacia assoluta, ma un'efficacia derogabile dalla volontà del donante o del testatore; abbiamo un tentativo di conciliazione tra il principio oggettivo, rigoroso della comproprietà familiare ed il principio oggettivo del rispetto della volontà individuale. Questi ultimi statuti furono riprodotti dal Codice Napoleonico, il quale esige che tutte le donazioni non solo, ma anche tutti i legati debbono essere conferiti, ma che possa esservi dispensa della collazione ed anche rinunzia all'eredità, senza perdere la donazione o il legato. Il Codice Napoleonico seguendo questi statuti non applicò evidentemente né il principio romano, perché anzitutto mentre il Diritto ro-



mano voleva la collazione soltanto di quelle donazioni, che per sè stesse implicano la volontà nel donante di farle a titolo di anticipata eredità, invece dal codice francese si ammise la collazione di tutte le donazioni e quindi anche di quelle che per sè stesse non importano quella volontà. Inoltre mentre il Diritto romano non concepiva la possibilità della collazione dei legati, perchè i legati si fanno appunto per dare qualche cosa di più di quello che la legge concede, onde è implicita la volontà di non sottoporli a collazione, invece il codice francese obbligò alla collazione i legati; e solo una legge recentissima ha esentato i legati dalla collazione. Vigge perciò anche nel Diritto francese il principio della comproprietà familiare temperato col rispetto della volontà individuale. Mentre per Diritto romano la volontà individuale era pure presunta, era il fondamento della collazione, pel Diritto francese, la volontà individuale è fondamento solo delle eccezioni al principio della collazione, la quale si basa esclusivamente sulla legge che volle proteggere il sistema della comproprietà domestica. Il codice nostro ha fatto un altro passo che però non basta a distruggere il principio della comproprietà familiare quale lo vediamo attuato negli statuti francesi meno rigorosi e nel codice Napoleone. Infatti pel nostro codice i legati non sono soggetti a collazione, e in ciò si ritorna al Diritto romano, ma d'altra parte sono sottoposte a collazione tutte le donazioni indistintamente, al contrario di ciò che seguiva per Diritto romano. Ora il fatto di sottoporre a collazione tutte le donazioni indistintamente, per noi è un fatto significativo che a chia-



re note dimostra come il principio della presunzione di volontà non può essere posto a fondamento della collazione. Eccone la prova. Quando alcuno dona ad una persona che sarà suo crede per legge, si può dire così senz'altro che la donazione è fatta colla intenzione di attribuire parte di ciò che gli spetterà poi per successione? No, perchè a supporre sempre questa intenzione si espone lo stesso principio dell'irrevocabilità della donazione sancito dalla legge nostra; in forza del quale scaturisce la presunzione, semplice e naturale, che chi dona intenda attribuire al donatario un vantaggio che altrimenti non gli spetterebbe per legge; mentre il sottoporre le donazioni a collazione importa appunto una revoca delle donazioni e disconoscimento di quella logica conseguenza. Se una donazione è una liberalità attuale e irrevocabile, non si può presumere ch'essa sia fatta sempre sotto la condizione dell'obbligo di conferirla, e in conto della quota ereditaria. L'irrevocabilità invece importa che sino a quando non si provi una volontà in contrario, siasi inteso attribuire un vantaggio patrimoniale che sia definitiva e senza riguardo alla futura successione. Il diritto Romano partiva dal principio del rispetto della volontà del donante, in quanto, come si è detto, non tutte le donazioni venivano sottoposte a collazione ma solo quelle caratterizzate, quelle cioè che per lo scopo e per le circostanze in cui furono fatte dimostravano che l'intenzione del donante non era di fare una vera liberalità, come pure è stato stabilito dal Codice Civile Germanico.



Giace il nostro Codice sottoponendo a collazione tutte indistintamente le donazioni non si può dire basato sul medesimo principio della presunta volontà del donante.

È una riprova di ciò sta nel fatto che la collazione è dovuta anche dal discendente che viene alla successione, pur non essendo egli erede presunto al tempo in cui ricevette la donazione. Ciò era testualmente detto nell'art. 846 del Cod. francese ma non c'è difficoltà ad ammettere anche da noi.

Supponiamo che un tale vivendo il figlio, faccia una donazione al nipote: egli è ben lontano dal pensare che per la preminenza del figlio, suo erede sarà il nipote. E' da escludersi quindi ch'egli abbia potuto avere l'intenzione di donare solo in conto della futura eredità. Eppure se per un evento fortuito posteriore, il nipote diviene erede, egli deve conferire.

È chiaro quindi che il principio romano riesce insufficiente a spiegare la disposizione della legge nostra, e bisogna trovare un altro che giustifichi la collazione. Questo non può essere che il rispetto al diritto familiare, al diritto di comproprietà domestica, di cui resta però un residuo, anzi un'ombra, perché non solo viene contemperato, ma sopraffatto dall'altro principio della libertà individuale, la quale può distruggere l'efficacia della collazione, non solo se venga esercitata dal donante con la dispensa, ma anche dallo stesso donatario, mediante la rinuncia. Di qui segue



che pel Diritto nostro l'istituto della collazione non riesce a raggiungere lo scopo di conservare la comproprietà domestica, né di rispettare la volontà del defunto. Non riesce a raggiungere lo scopo di mantenere la comproprietà familiare, perché basta la dispensa della collazione, non raggiunge lo scopo di rispettare la volontà individuale, in quanto dà al donatario il diritto di rinunciare all'eredità, il che è molto grave. Infatti supponiamo che un padre di famiglia abbia fatto una donazione, e in oltre abbia dichiarato espressamente che la donazione debba mettersi in collazione; nonostante tale volontà, il figlio donatario accortosi che mettendo in collazione i beni donati verrebbe a perdere, non già a guadagnare, rinuncia all'eredità: ed ecco che così si viene a violare la volontà del defunto. Dunque non è esatto che il principio informatore della legge sia quello di rispettare la presunta volontà del defunto. E non è esatto nemmeno vedere che lo scopo della collazione sia di mantenere la perfetta eguaglianza tra i discendenti: questo sarebbe, ove la legge si fosse attenuta esclusivamente o al principio della volontà del padre famiglia, o a quello della comproprietà domestica: perché nell' un caso scopo della collazione sarebbe stata l'eguaglianza completa tra i discendenti, la volontà dall' ascendente, nella stessa eguaglianza, ma imposta dalla legge.

Perciò tale istituto, così come è ora disciplinato, non ha ragione di essere e sarebbe stato meglio obbligare alla collazione solo se il donante o il testatore l'avesse





effettivamente voluto: se pure coninto possiamo dire che la norma del codice è una norma meramente dispositiva: cioè il legislatore non impone l'eguaglianza, né la presume voluta dal donante, ma la ordina fino a quando non risulti una volontà contraria. In altri termini il legislatore vuole l'eguaglianza ed ordina la collazione, ma permette al privato di derogare a tale regola, che non ha carattere assoluto e' indeclinabile.

In ogni modo, anche se si voglia ritenere l'opinione comune che si fonda sulla presunzione di volontà, è bene ricordare che questo si può considerare tutt'al più, come un semplice presupposto o motivo della legge e nient'altro. Se consideriamo la presunzione di volontà come presupposto, o meglio, come motivo psicologico, allora la questione se questo motivo sia esatto o no, è una questione teorica che non ha importanza pratica. Se invece riteniamo che sia il principio informatore della legge, ne vengono delle conseguenze pratiche gravissime e dovremmo negare la collazione oquiquisvolta e' incontriamo in casi in cui la presunta volontà non può affermarsi e in cui l'istituto della collazione non raggiunge il preteso scopo di portare l'eguaglianza tra i coeredi. Invece la legge dispone che la collazione è dovuta quando c'è una donazione fatta ad un discendente, e il discendente sia un erede che concorre con altri discendenti. Tutte le volte quindi che troviamo questi requisiti, dobbiamo dire che la collazione deve aver luogo, e poco importa se in qualche caso non si può ragionevolmen-



te presumere che il defunto abbia voluto la piena uguaglianza tra i discendenti; perché questo non è punto un requisito di legge. Perciò se si vuole ritenere che lo scopo della collazione sia la eguaglianza dei coeredi in base alla presunta volontà del defunto ciò tutt'al più potrà considerarsi come un modo di spiegare la legge, un pre-supposto o motivo da cui il legislatore è partito, ma non può riguardarsi come vero principio legislativo avente efficacia obbligatoria, in modo che non potendosi verificare quello scopo, non si debba attuare l'istituto della collazione. Ciò ho detto, perché vi sono stati degli autori, i quali, partendo appunto dal principio che la collazione è un istituto che si basa sulla presunta volontà del defunto allo scopo di raggiungere la eguaglianza, e deducendone logicamente tutte le conseguenze, come se si trattasse di un vero principio di legge, sono caduti in vari errori nel determinare il campo di applicazione dello istituto della collazione. Si domanda: la collazione quando è possibile? Questi autori rispondono: la collazione non è possibile quando vi sia una successione testamentaria in cui siano chiamati sì dei discendenti, ma in parti disuguali, oppure quando vi sia una successione testamentaria in cui siano chiamati degli estranei, mentre i discendenti sono trascurati; oppure quando vi sia una successione testamentaria in cui i discendenti sono chiamati in parti eguali, ma in mezzo a loro vi sia un erede estraneo. In tutti questi casi non avrebbe luogo la collazione, la quale invece riguarda solo il caso di



successione intestata, o di successione testamentaria esattamente corrispondente alla legittima. Ciò non è vero, per convincersene basta esaminare le disposizioni del nostro codice. Infatti mentre il codice francese parla della collazione solo a proposito della successione legittima, invece il nostro codice parla della collazione tra le disposizioni comuni alla successione legittima e testamentaria, sicché basta questa semplice osservazione sulla topografia delle disposizioni riguardanti la collazione per derivare la conseguenza che lo istituto della collazione non si può restringere solo alla successione legittima. Ma si obietta: supponiamo il caso che si tratti di successione testamentaria in cui i figli sono stati chiamati in parti disuguali o sono stati negletti, ed il padre ha istituito erede un estraneo, oppure sono chiamati in parti disuguali insieme con un estraneo; come si può presumere in questi casi che il testatore abbia voluto mantenere l'eguaglianza tra i suoi discendenti, se egli ha voluto che fossero eredi in parti disuguali o non si è curato per nulla di loro, ma ha preferito un estraneo; oppure chiamando insieme con loro un estraneo, ha dimostrata chiara la volontà che nemmeno tutto l'asse ereditario andasse ripartito fra di loro? Egli anzi ha dimostrato in tal modo chiaramente di non volere rispettare l'eguaglianza tra i figli e quindi manca il fondamento e lo scopo della collazione, ove almeno di loro abbia in vita ricevuto una donazione. Questa è ragione formalmente logica, che sarebbe restaurativamente giusta qualora la legge dicesse, che solo ove la volontà del testatore sia tale da far presumere il desiderio dell'egua-



glianza, la collazione è dovuta; talché quando, come nei casi esposti si vede che non si è voluto assolutamente mantenere tale eguaglianza la collazione non è dovuta. Ma ciò non essendo, e invece ricorrendo tutti i requisiti di legge per la collazione questa sarà dovuta: ciò non ci par dubbio, e tale è del resto l'opinione prevalente. Nel caso che i figli sono stati chiamati alla successione testamentaria, in parti disuguali, è evidente la volontà di escludere la collazione? Potrebbe essere questa, ma potrebbe anche darsi che l'intenzione del defunto sia stata un'altra, quella cioè di voler disporre per mezzo di legati. La legge dice che i legati non sono sottoposti a collazione, pur rimanendo sempre sottoposte a collazione le donazioni; così la disuguaglianza rimane limitata solo alle disposizioni testamentarie, ma per ciò che riguarda le donazioni tra vivi, l'eguaglianza dev'essere mantenuta nei limiti del possibile. Perciò anche se il testatore abbia disposto delle sue sostanze in parti disuguali, ove uno degli eredi abbia avuto una donazione, questa dev'essere posta in collazione. Così anche nell'altro caso in cui i discendenti siano chiamati per testamento in parti uguali, ma vi sia anche un estraneo. La presenza di un estraneo può impedire la collazione? La presenza di un estraneo ci mostra che il testatore non volle distribuire l'asse ereditario solo tra gli eredi ma ciò non toglie che le donazioni fatte precedentemente debbano essere computate per mantenere l'eguaglianza relativa nei limiti voluti dallo stesso testatore. E infine nel caso che il testatore abbia trascurato addirittura i figli, i quali avranno diritto alla sola legittima, la collazione servirà



a far sì che nessuno dei figli abbia più dell'altro. Perciò  
l'opinione dominante è giusta. Ad ogni modo bisogna tener  
presente che altro è il *jus cive* la disposizione di legge, al-  
tra è la *regula juris*. La *regula juris* è una norma  
dottrinaria che per essere vera dev'essere fondata su disposi-  
zioni legislative, ma accolta una regola dottrinale giuridica,  
da questa non possiamo desumere delle conseguenze prati-  
che, come se essa fosse un precetto legislativo. I romani dice-  
vano sapientemente: « non ex *regula jure sumatur*, sed  
ex *jure quod est, regula fiat* » Ciò valga contro coloro che  
dal concetto di una presunzione di voluta eguaglianza tra  
i discendenti fanno derivare delle conseguenze pratiche  
nell'applicazione delle norme di legge intorno alla col-  
lazione. Il loro concetto non essendo un principio di legge,  
ma avendo un valore semplicemente dottrinale, e per di  
più molto discutibile, non può servire di fondamento  
a illazioni che alterano le norme poste dalla legge, o  
vi aggiungono qual cosa che in esse non s'incontra

---



## Lezione XXIX<sup>a</sup>

### Sommario

Segue la collazione. Distinzione dalla riunione fittizia - dalla riduzione - dall'imputazione, considerata nei suoi diversi scopi - chi ha l'obbligo di conferire - La dispensa dalla collazione - di chi si deve conferire -

Dopo aver dato il concetto generale e visto il fondamento della collazione nel Diritto italiano, bisogna per meglio delineare la figura di questo istituto metterlo in raffronto con altri, che facilmente si potrebbero confondere con esso per l'analogia che presentano, e con cui il codice stesso l'ha confuso talora. Invero molte regole poste dal nostro codice intorno alla collazione si riferiscono ad istituti che le sono soltanto analoghi; onde se si volessero interpretare come relativi alla collazione, non avrebbero alcun significato; oppure darebbero luogo a conseguenze erronee. Perciò bisogna distinguere la collazione dalla riunione fittizia, dalla riduzione e finalmente dall'imputazione delle donazioni.

La collazione si distingue nettamente dalla riunione fittizia delle donazioni trattando dell'azione di riduzione abbiamo detto che un'operazione preliminare della riduzione delle donazioni lesiva della legittima, è la formazione della massa ereditaria ed una delle operazioni che conducono alla formazione della massa ereditaria è la riunione fittizia di tutti i beni donati ai beni lasciati dal de-



fatto dopo d' avere da questi sottratti i debiti. Solo fatta la riunione fittizia dei beni donati ai beni lasciati, si può calcolare qual' era la quota di cui il testatore poteva disporre liberamente, e qual' era la quota riservata come legittima. Ora se la collazione si può confondere a prima vista, con la riunione fittizia, perchè esse hanno ciò di comune, che tanto l' una quanto l' altra consistono nell'aggiungere alla massa ereditaria i beni donati, pure, tirando quest' apparente somiglianza, vi sono delle differenze sostanziali. La riunione delle donazioni per formare la massa ereditaria, è come dice la stessa espressione, una riunione fittizia, ideale, è un' operazione fatta per calcolare di tanto i beni di cui il testatore poteva disporre, ma non importa revoca delle donazioni, non importa effetto all' aumento della massa ereditaria, perchè i donatori non debbono realmente mettere nella massa ereditaria i beni donati privandosi così della proprietà acquistata; ma sono sottoposti a perderli solo se in quanto le donazioni ricevute abbiano lessa la legittima. Succede la collazione importa risoluzione delle donazioni, in quanto chi ha ricevuto delle donazioni deve mettere in comune i beni donati, che vengono trattati come se non fossero mai usciti dal patrimonio del donante. In secondo luogo la riunione fittizia riguarda tutte le donazioni a chiunque fatte; quindi non solo le donazioni fatte ai discendenti del defunto, non solo le donazioni fatte agli altri eredi, anche non discendenti, ma anche le donazioni fatte ad estranei; tutte le donazioni debbono riunirsi fittiziamente.



la nella massa ereditaria per fare il calcolo esatto del patrimonio del defunto. Invece la collazione riguarda soltanto le donazioni fatte ai discendenti del defunto che concorrono con altri discendenti. Finalmente diversificano questi due istituti per lo scopo; scopo della riunione fittizia non è altro che di calcolare il patrimonio di cui il defunto poteva disporre, invece la collazione delle donazioni ha lo scopo di mantenere nei limiti del possibile l'eguaglianza di trattamento tra i discendenti. Quindi anche se la riunione fittizia delle donazioni non occorre, perché è chiaro che il defunto dispone dei beni nei limiti di legge, pure la collazione è dovuta, perché lo scopo è diverso; in quanto la riunione fittizia ha lo scopo del semplice calcolo dell'entità del patrimonio del defunto, invece la collazione è dovuta anche se il testatore si mantiene nei limiti della legge e solo perché vi sono dei discendenti, che concorrendo con altri discendenti devono essere trattati con una certa eguaglianza, fin dove non giunge la contraria volontà del defunto. Perciò sono cose distinte; pure il codice in un articolo parla di collazione intendendo riferirsi alla riunione fittizia (art. 1014 capov.).

Altra distinzione da fare è tra collazione e riduzione. Tanto la riduzione che la collazione si riferiscono alle donazioni; e tanto l'una che l'altra importano una risoluzione delle donazioni fatte; come il donatario che ha avuto una donazione conferendola perde il beneficio che aveva avuto, così anche colui che ha avuto una donazione, se vien sottoposta a riduzione perde il beneficio conseguito. Sotto questo aspetto la riduzione e la collazione si somigliano e si possono confondere.



Esse però si diversificano sostanzialmente, se si guardano da altri aspetti. La collazione ha lo scopo, come ho detto, di mantenere quanto è possibile eguaglianza di trattamento tra i discendenti; la riduzione ha lo scopo di mantenere integra la quota di riserva. Quindi può benissimo accadere che alcune donazioni non siano sottoposte a riduzione, perché il defunto facendole non eccedette la quota disponibile e pure siano sottoposte a collazione, perché altrimenti verrebbe ad essere alterata l'eguaglianza tra i vari discendenti. Questi istituti oltre che per lo scopo, differiscono ancora per la persona a cui si riferiscono, perché mentre la collazione è un obbligo che incombe ai donatari in quanto sono discendenti ed eredi del donante, in confronto di altri eredi ugualmente discendenti, invece la riduzione è un obbligo che incombe a qualsiasi donatario, ancorché non sia erede e sia un estraneo. La collazione riguarda egualmente tutte le donazioni fatte ai discendenti che succedono al defunto in qualsiasi tempo furono fatte; invece la riduzione non riguarda tutte le donazioni indistintamente, ma solo quelle che per essere ultime in data hanno intaccata la legittima. L'istituto, dunque, della collazione si differenzia dall'istituto della riduzione sia per lo scopo, sia per la persona a cui incombe l'obbligo, sia per l'oggetto cui si riferiscono; pur nondimeno questi due istituti sono stati confusi dalla legge in alcuni articoli, in cui si parla di collazione, mentre si voleva parlare di riduzione (art. 811, 1002, 1022).

La collazione differisce dall'imputazione. La distinzione tra collazione e imputazione è più difficile a rilevarsi, perché



mo dei modi, come vedremo, in cui si fa collazione  
è l'imputazione. Infatti la collazione si può fare  
sia conferendo in natura la cosa donata, sia imputando il valore cioè sottraendo da ciò che spetterebbe  
per diritto ereditario il valore dei beni donati. Dato che  
la collazione può esercitarsi mediante imputazione riesce, dico, difficile distinguere l'istituto della collazione  
da quello dell'imputazione; pure questa distinzione deve  
farsi perchè l'imputazione si può considerare come una  
operazione aritmetica che può avere diversi scopi giuridici come infatti l'ha, mentre la collazione ha uno scopo determinato. Bisogna perciò tener conto dei vari casi  
d'imputazione. Più importante è l'imputatio ex se,  
cioè l'imputazione che ha lo scopo proprio e speciale di cui parla la legge nell'art. 1026; essa consiste in ciò:  
che il legittimario al quale sia donatario o legatario, e  
pretende la riduzione delle donazioni o dei legati fatti  
ad altri, eredi od estranei, deve imputare nella  
sua quota legittima le donazioni ed i legati che abbia  
ricevuto dal defunto, perchè la legge ha ritenuto essere  
conforme ad equità che prima di rivolgersi contro gli  
altri e togliere loro il beneficio largito dal defunto si  
debba tener conto di ciò che si è ricevuto dal defunto a  
titolo di donazione o di legato. Ci siamo occupati di  
quest'istituto, quando abbiamo parlato della riduzione delle  
donazioni, perchè l'imputazione di cui parla l'art. 1026  
è un'operazione preliminare per poter compiere la riduzione.  
Prima che si faccia la riduzione, bisogna sempre ed in gene



re imputare le donazioni o nella quota disponibile o nella legittima; sola, mentre per regola generale tutte le donazioni vanno imputate nella disponibile, per eccezione vi sono alcune che debbono andare imputate nella quota legittima o riserva, e tali sono principalmente quelle che vengono fatte agli stessi legittimari. Ciò posto, l'istituto dell'imputazione differisce dalla collazione anzitutto per lo scopo, perchè la collazione ha lo scopo di mantenere per quanto è possibile l'eguaglianza tra i discendenti coeredi, ed invece l'imputazione ha lo scopo di fare rispettare per quanto è possibile le liberalità fatte dal defunto e restringere la riduzione nei limiti dello stretto necessario. Vi è poi diversità di oggetto, perchè mentre la collazione riguarda solo le donazioni l'imputazione riguarda tanto le donazioni che i legati che gli eredi legittimari avessero ricevuto dal defunto. Finalmente differisce per le persone tenute all'obbligo di conferire o imputare, e le persone che han diritto a pretendere l'adempimento di tali obblighi. L'obbligo dell'imputazione grava su qualsiasi legittimario, anche non discendente; quello della collazione riguarda il solo discendente. La collazione è posta in vantaggio dei discendenti coeredi, invece l'imputazione è posta in vantaggio non solo di qualsiasi coerede, ma anche degli estranei, dei semplici donatari o legatari. Si vede quindi chiaramente come e per lo scopo e per l'oggetto e per le persone l'imputazione non possa confondersi per nulla colla collazione; pure la legge ne tratta sotto la stessa rubrica, anzi considera l'imputazione come eccezione ai principi della collazione, (art. 1008, 1014, 1026) il che



non è esatto, perchè imputazione e collazione sono due istituti distinti. Si comprenderebbe l'eccezione ove le cose sottoposte ad imputazione fossero quelle stesse sottoposte a collazione, se la stesse fossero le persone interessate a pretenderla, od obbligate a compierla, ma essendo tutti questi elementi diversi fa male la legge a trattare insieme dell'imputazione e della collazione, ed a considerare la imputazione come eccezione alla collazione. Vi sono altri casi in cui si presenta ancora l'imputazione con apparenze simili alla collazione, e sono i casi indicati nell'art. 746, cod. civ. riguardante i figli naturali e nell'art. 756 riguardante il coniuge superstite. I figli naturali che concorrono con i figli legittimi, cogli ascendenti, debbono imputare nella loro quota ereditaria tutto ciò che essi avessero ricevuto dal defunto a qualsiasi titolo, non solo a titolo di legato, ma anche a titolo di donazione. Ora a prima vista parrebbe che questa imputazione a cui sono tenuti i figli naturali sia la stessa cosa della collazione, perchè anche qui abbiamo l'obbligo di mettere nella massa ereditaria comune ciò che si è avuto dal defunto. Però nonostante la somiglianza, la imputazione di cui parla quest'articolo è diversa dalla collazione. Perchè? Perchè la collazione presuppone lo scopo dell'egualianza di trattamento tra i discendenti, invece qui lo scopo dell'imputazione a cui sono tenuti i figli naturali, non è quello di produrre l'egualianza di trattamento, ma quello di mantenere la disegualianza voluta dalla legge tra i figli naturali e i legittimi o gli ascendenti, costringendo negli stretti limiti



della legge la capacità di ricevere dei figli naturali, quando concorrono con i figli legittimi o con ascendenti. Ora questa capacità ristretta verrebbe ad essere ampliata dalla volontà del defunto, qualora i figli naturali non avessero l'obbligo d'imputare nella quota ereditaria tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto stesso. Inoltre vi sono altre differenze, cioè l'obbligo della collazione spetta solo in favore di altri coeredi egualmente discendenti dal defunto, invece l'obbligo della imputazione spetta anche se i figli naturali concorrono con ascendenti del defunto. Inoltre mentre oggetto della collazione sono soltanto le donazioni, invece oggetto dell'imputazione a cui sono tenuti i figli naturali, sono le donazioni ed i legati. Dunque sono due istituti ben diversi. Ancora, c'è l'imputazione a cui è tenuto il coniuge superstite. Anche qui abbiamo un istituto che apparentemente potrebbe considerarsi come collazione, ma in sostanza è del tutto diverso. L'art. 756 dice che il coniuge superstite deve imputare alla sua porzione ereditaria ciò che ha ricevuto dal defunto in forza delle convenzioni matrimoniali e dei lucri dotali, e ciò, notate, in concorso con qualsiasi erede legittimo. Ora si può dire che in questo caso si tratta di collazione? Qui non c'è lo scopo di mantenere l'egualianza, anzi lo scopo è di mantenere la disuguaglianza tra gli altri eredi e il coniuge superstite, di mettere il coniuge superstite in condizione inferiore agli altri eredi: mentre costoro non debbono conferire le loro donazioni per vantagggiare il coniuge superstite, costui deve mettere nella massa



ereditaria tutto ciò che ha ricevuto, in vantaggio degli altri eredi. Mentre, inoltre la collazione è dovuta dal discendente in pro dei discendenti, qui è dovuta dal coniuge in favore di qualsiasi erede. Dunque abbiamo un'imputazione che ha scopo analogo a quella dovuta ai figli naturali. Perché? Qual'è la giustificazione di tale regola? Non è facile trovarla. Si capisce l'imputazione dovuta dai figli naturali, che serve a mantenere la capacità di costoro negli stretti limiti posti dalla legge; ma il coniuge superstite, tranne il caso del coniuge di un bimbo rispetto ai figli del primo letto può ricevere illimitatamente, dappoi mentre per i figli naturali è vietata ogni dispensa dall'imputazione, la dispensa rispetto al coniuge è permessa, secondo l'art° 756 posto in raffronto con l'art° 746.

Sembra quindi doversi ritenere che pel coniuge superstite, l'imputazione serve solo a delimitare la sua quota ab intestato o quella di riserva, non già a restringere la sua capacità di ricevere per testamento. Perciò è un'imputazione che mentre a prima vista assume la sembianza della collazione pure è un istituto diverso.

Ciò premesso, possiamo ad esaminare le regole di legge intorno all'istituto della collazione. Queste regole si possono riassumere sotto quattro argomenti. 1°) Chi deve conferire; 2°) a chi si deve conferire; 3°) che cosa si deve conferire; 4°) come si deve conferire.

Chi deve conferire? Questo risulta dalla legge stessa.



sa negli art. 1001 e 1003. Ciononostante bisogna essere discendenti del defunto, cioè figlio od altro discendente, mentre pel codice francese basta essere erede, cioè erede legittimo (discendente, ascendente, o collaterale, secondo i vari casi di successione intestata). Sotto la parola di discendenti bisogna anche comprendere i discendenti naturali o solo i discendenti legittimi? Si debbono comprendere solo i discendenti legittimi. Perché questa interpretazione restrittiva? Per la seguente considerazione: se concorrono insieme figli naturali e legittimi, può aver luogo la collazione? No, perché la collazione ha per scopo di mantenere l'eguaglianza di trattamento per quanto è possibile; invece quando i figli naturali concorrono con i legittimi essi hanno l'obbligo indicato nell'art. 746 dell'imputazione di tutto ciò che hanno ricevuto dai genitori, la quale, come abbiamo visto, non è collazione, perché ha lo scopo di mantenere non l'eguaglianza, ma la disuguaglianza; e inoltre quest'obbligo l'hanno non solo in confronto dei figli legittimi; ma anche degli ascendenti. Supponiamo ora che tutti i figli che succedano al defunto siano naturali. In questo caso parrebbe che trattandosi di figli naturali i quali non concorrono coi figli legittimi, e perciò non hanno l'obbligo dell'imputazione, avessero invece l'obbligo della collazione, in quanto anche i figli naturali sembrano doversero essere trattati egualmente. Eppure non è così: perché l'obbligo della collazione presuppone



un rapporto di parentela tra i vari eredi, i quali debbono essere tra di loro nel rapporto di fratelli e sorelle, e solo quando esiste questo rapporto di parentela tra i vari eredi, solo allora è concepibile la collazione, e quindi si può conseguire lo scopo di mantenere l'egualianza di trattamento. Invece i vari figli naturali sono forse considerati dalla legge come fratelli e sorelle? No, tra i vari figli naturali, dallo stesso genitore egualmente riconosciuti, non corre alcun vincolo di parentela, essi sono considerati isolatamente rispetto al genitore che l'ha riconosciuto, quindi l'istituto della collazione mancherebbe oltre che della sua base e del suo scopo, di una condizione voluta dalla legge, cioè la speciale relazione di parentela fra i vari eredi. Non essendovi questa relazione, l'obbligo della collazione viene a mancare. Per la stessa ragione dev'essersi l'obbligo della collazione dei figli legittimi in confronto dei figli naturali, non essendovi tra questi e i legittimi alcun vincolo di parentela. Non basta essere discendente, è necessario essere erede, perchè benissimo si può essere discendente di una persona e si può non accettarne l'eredità. Quando un discendente che pure per legge è erede, rinunzia alla successione, non è possibile la collazione. Vi furono in Francia alcuni statuti detti di perfetta egualianza, che ispirandosi al principio rigoroso della comunione familiare obbligavano alla collazione il rinunciante. Invece lo stesso codice francese e il nostro



hanno attenuato di molto l'efficacia di quel principio fino a renderlo impercettibile, hanno ammesso che ove il discendente rinunzi alla successione dell'ascendente non ha l'obbligo della collazione. Quindi la conseguenza è che se un discendente ha avuto donazioni dal defunto e rinunzia alla successione egli non perde le donazioni e può ritenere tutte, nei limiti, s'intende, della sola disponibile (art. 1003). Quindi l'accorgimento pratico consiste in questo; se un discendente donatario, accettando la eredità può sperare di avere qualche cosa di più di quello che ha avuto per donazione, allora accetterà l'eredità, perchè la collazione non gli nuocerà. Ma se egli, facendo i suoi calcoli, si avvede che accettando l'eredità e quindi dovendo fare la collazione, vorrebbe a fare una perdita, allora gli tornerà più conveniente rinunziare, perchè così colla rinunzia egli non ha l'obbligo della collazione. E ciò, notate, vale anche nel caso che il donante espressamente abbia donato coll'obbligo della collazione, o abbia detto di donare a titolo di anticipata successione: anzi che data questa volontà espressa del donante, il donatario può liberarsi dall'obbligo della collazione, rinunziando all'eredità; perchè mancano i requisiti fondamentali voluti dalla legge per la collazione e nulla può valere la volontà espressa del donante, che eseguita importerebbe una revoca della donazione, non permessa dalla legge, giusta il principio generale che la donazione è irrevocabile (donare e ritene-



re non vale) (art. 1003) Il discendente che rinuncia all'eredità può ritenere la donazione; ma fino a che punto? Fino alla quota disponibile. In questo caso il coerede rinunciante è equiparato all'estraneo, in quanto che un estraneo non può avere in donazione un valore che ecceda la quota disponibile. Quindi se, rinunciando non è sottoposto alla collazione, sarà sottoposto alla riduzione se in quanto la donazione abbia ecceduto la parte disponibile: e inoltre non può ritenere nulla a titolo di legittima, perché questa essendo quota di eredità presuppone la qualità d'erede. Ciò del resto era superfluo dire, perché il rinunciante viene ad essere equiparato a tutti gli altri estranei e quindi al pari di essi non può ritenere oltre la disponibile: ma la legge nel citato articolo ha voluto ricordarlo, per togliere ogni dubbio. (1)

Oltre ad essere discendente, ed erede, perché vi sia l'obbligo della collazione occorre avere avuto personalmente una donazione. Perché si dice questo? Perché nel

(1) Ciò porta delle gravi conseguenze pratiche che spesso si rivelano contrarie alla volontà del padre di famiglia che ha fatto degli assegni in anticipazione di eredità.

Suppongasì che un padre abbia consegnato alla figlia una dote di L. 20 mila, calcolando che tale somma corrisponde alla legittima, avendo due figli maschi e un patrimonio, poniamo, del valore di L. 120 mila. Egli potrà rinunciarvi con atto tra vivi o per legato a favore di un figlio maschio o anche di un estraneo per L. 60 mila, nei limiti cioè della disponibile, tale donazione o legato sarebbe inattaccabile se la figlia dotata accettasse l'eredità. Ma se essa preferisce rinunciare e ritenere la dote a titolo di disponibile. Allora avverrà che i due maschi, rimasti solo legittimari, non si terranno più soddisfatti della legittima con la somma di L. 20 mila, che rappresenta la terza parte, ma giustamente pretenderanno 30 mila per ciascuno. Diminuito il numero dei concorrenti alla legittima è naturale che aumenti la quota di ciascuno. Or trovandosi nelle



diritto consuetudinario francese, l'erede doveva conferire non solo le donazioni fatte personalmente a lui, ma anche quelle fatte ai propri genitori, ai figli o al coniuge e ciò perché il diritto consuetudinario francese partendo dal principio del rispetto rigoroso della comproprietà domestica, proibiva al defunto di concedere qualsiasi dispensa alla collazione, e quindi ancora per arrivare alla possibile ipotesi che il donante per frodare la legge proibitiva della dispensa dalla collazione, invece di donare a chi sarebbe stato il successibile, avesse donato in apparenza al genitore, al figlio od al coniuge di questo facendo così una donazione per interposta persona, stabilì che si dovesse conferire non solo le donazioni fatte personalmente all'erede, ma anche quelle fatte ai suoi discendenti, agli ascendenti, al coniuge. Il codice francese perciò credette bene, avendo accolto il principio della possibilità della dispensa dalla collazione, di distruggere quella presunzione di frode posta dalle consuetudini, disponendo che la donazione fatta

massa solo 240 mila e ovvio che per soddisfare la legittima doveva necessariamente farsi la riduzione della liberata fatta dal de cuius di 260 mila. È questo un risultato iniquo e inatteso a cui dà luogo la legge. E può prestarsi a frodi e collazioni, potendo il donatario essere indotto a rinunciare all'eredità per un prezzo segretamente ricevuto dai fratelli, a cui interessava arricchirsi la porzione legittima ed attaccare le liberate fatte ad altri.

Per evitare tale inconveniente il padre di famiglia dovrebbe avere l'aveuglimento di sottoporre la donazione alla clausola espressa, che essa si intende revocata, qualora il donatario non accetti l'eredità. Ma è ben difficile che anche nella pratica si ricorra a simile espediente. Più opportunamente dispone il Codice Civile Germanico che qualora chi è tenuto a conferire, non intenda restituire il dippiù ricevuto in confronto di ciò che gli spetta, in tal caso non si tiene conto della donazione per la formazione della massa né del donatario per determinare il numero dei successibili.



al figlio, al padre, al coniuge del successibile non de-  
ve essere conferita: ma per tale scopo si servì di una  
locuzione poco felice, dichiarando che tali donazioni "si  
presumono fatte con dispensa di collazione," mentre  
intendeva dire soltanto "non si presumono fatte, come  
nel diritto anteriore in frode del diritto di dispensare  
dalla collazione," giacchè questo diritto era stato tolto. Il  
nostro codice negli art. 1004 e 1006 ha accolto lo stesso con-  
cetto; ma evidentemente non v'era bisogno di simile dispo-  
sizione, giacchè non v'era necessità, come pel codice fran-  
cese di abolire una contraria legislazione precedente; e  
d'altra parte s'è fatto male a riprodurre perfino la  
formula errata del codice francese, cioè che le dona-  
zioni fatte al discendente o al coniuge dell'erede si pre-  
sumono fatte con dispensa di collazione. Dicendo la  
legge, si presume che queste donazioni siano fatte con  
dispensa di collazione, potrebbe nascere la questione:  
è una *praesumptio juris et de jure*, o è una *praes-*  
*umptio juris tantum*? cioè si può ammettere la  
prova che il donante volle che l'erede conferisse la  
donazione fatta al genitore, al figlio, o al coniuge di  
lui? Invece lo scopo della legge era questo che soltan-  
to le donazioni fatte personalmente all'erede, al  
successibile sono soggette a collazione, tutte le al-  
tre non sono soggette, perchè ne manca la ragio-  
ne. Ma se si prova che quella donazione fu fat-  
ta per interposta persona cioè che sebbene appa-  
rentemente fatta a favore dell'ascendente, del discen-



dente, del coniuge dell'erede, pure era diretta ad avvantaggiare l'erede stesso: basta questa prova dell'interposizione di persona per far ritenere che la donazione sia soggetta a collazione? No, perchè l'interposizione di persona muove quando si tratta di atti che non si possono compiere in via diretta, ed essa continua un modo indiretto per raggiungere lo scopo che la legge non permette di raggiungere in via diretta. Ma dal momento che la legge nostra permette di avvantaggiare il discendente dell'erede in via diretta, dispensandolo dall'obbligo della collazione: la via in diretta da lui tenuta non può muovere: come è la causa la dispensa della collazione fatta apertamente, così sarà lecita la dispensa dalla collazione fatta col modo indiretto di favorire apparentemente una persona che non sarebbe tenuta alla collazione, mentre in realtà si vuol beneficiare un'altra che per legge si sarebbe tenuta. Perciò la semplice prova del fatto dell'interposizione per se stessa non fa sì che la donazione sia soggetta a collazione, ma si deve provare che l'interposizione di persona fu adoperata per raggiungere scopo diverso da quello di dispensare dalla collazione. In quegli articoli perciò oltre ad essere inutili inquantochè bastava dire che le donazioni conferite sono quelle fatte personalmente, possono dar luogo alla questione accennata, e perciò riescono anche pericolosi. In un solo caso è dovuta la collazione di donazione fatta ad altri; e quest'è il ca-



so di successione per rappresentazione. Il discendente che succede all'ascendente per diritto di rappresentazione, e non per ragione propria, deve conferire ciò che fu donato al suo ascendente immediato ed egli rappresenta, purché abbia rinunciato all'eredità di costui. Ma una tale eccezione si spiega facilmente quando si pensi che la rappresentazione, come dice l'art. 223, ha per effetto di far entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado e nei diritti del rappresentato.

Se questi adunque aveva l'obbligo della collazione, non ne potrà andare esente il rappresentante: altrimenti la premorienza o l'indegnità del rappresentato verrebbe a nuocere ai suoi fratelli e sorelle che hanno acquistato il diritto a vedere conferiti i beni che il genitore ha a lui donato come anticipazione sull'eredità. Il rappresentante succedendo in locum praedeceffuncti, dee subentrare in tutto e per tutto nella di lui posizione sia per quanto concerne i diritti sia per gli obblighi.

L'art. 1005 capov. soggiunge che il rappresentante deve conferire anche nel caso in cui avesse rinunciato all'eredità del rappresentato. Ora a prima vista può parere iniquo che mentre egli con la rinuncia all'eredità del donatario nulla abbia potuto conseguire, neppure indirettamente, della donazione, tuttavia sia tenuto a conferire il valore. Ma la difficoltà sparisce, se si pensi al diritto prescrito dei fra-



telli e delle sorelle del donatario. Bisogna poi considerare che la stessa conseguenza pratica si avrebbe, se il rappresentante accettasse l'eredità del donatario, e la trovasse completamente passiva: anche in tal caso non vi sarebbe alcun vantaggio egli ritrarrebbe dalla donazione, che pure è tenuto a conferire.

Siccome poi la rappresentazione nella linea retta ha luogo all'infinito, così bisogna ammettere che l'ultimo della scala, il quale succede per rappresentazione, deve conferire anche le liberalità che hanno ricevuto gli ascendenti intermedi. Ed in ogni caso il rappresentante deve conferire ciò che a lui fu personalmente donato.

Disce il discendente che succede per ragione propria non è tenuto a conferire le cose donate al suo ascendente, ancorché dice l'art. 1005, ne avesse accettato l'eredità?

Ora si succede jure proprio nell'ipotesi dell'art. 947, quando il rinunciante è il solo erede nel suo grado o se tutti i coeredi rinunciano.

Ora, sorge il quesito, com'è possibile il caso che uno succeda per diritto proprio in luogo del padre rinunciante, e nello stesso tempo accetti l'eredità di costui?

Per potere rinunciare all'eredità del de cuius, il padre di chi succede dev'esserli sopravvissuto. Come può quindi parlarsi di accettazione da parte del figlio dell'eredità di suo padre, ch'è vivente? Per dare



una spiegazione plausibile alla legge deve supponersi il caso che la successione del padre si apra posteriormente a quella dell'avo. In altri termini diventando il figlio erede del padre posteriormente all'apertura della successione del nonno, poteva dubitarsi che com'erede, egli assuma tra gli altri obblighi, anche quello che costui aveva della collazione. La legge ha voluto togliere ogni dubbio, sebbene infondato, giacchè l'equilibrio da ristabilire mediante la collazione si riferisce unicamente al momento in cui si apre la successione dell'avo, non ad eventi posteriori. Una volta fissati i diritti rispettivi dei coeredi in relazione a quel momento, le posteriori evenienze nulla possono influire. Occupiamoci ora del caso in cui pur avendosi la qualità di discendente, di erede e di donatario, non si abbia l'obbligo della collazione. Quando avviene ciò? Quando ci sia la dispensa dalla collazione. La dispensa dalla collazione è permessa dalla legge e può trovarsi non solo nell'atto stesso della donazione, ma anche in un atto posteriore, può trovarsi anche nel testamento. Benissimo può darsi il caso che il donante abbia fatto una donazione senza dire nulla, oppure abbia anche detto "coll'obbligo della collazione", ma poi con atto posteriore o nel testamento abbia esentato da collazione quella tale donazione. In tali casi la donazione non è sottoposta alla collazione perchè il donante è libero di fare della sua cosa ciò che a lui pare e piace nei limiti della disponibile; giacchè la dispensa dalla collazione importa compimento di una liberalità



a titolo di *ante parte* cioè fatta sulla disponibile, e non già come anticipata legittima. La dispensa dalla collazione può ess. e fatta espressamente o tacitamente. Ora gli autori si questionano come dovesse essere interpretato l'inizio dell'art. 1001 C.C. « suetnato il caso che il donante abbia altrimenti disposto » Che vuol dire altrimenti disposto? L'opinione prevalente è che basta una manifestazione della volontà anche fatta in modo tacito; quello che è proibito è il semplice argomentare da indiretti vaghi ed incerti intorno alla volontà del donante; ma qualora la volontà del donante si sia manifestata in qualsiasi modo, dev'essere rispettata. Un modo di manifestazione della volontà del donante relativamente alla dispensa dalla collazione, può essere, come abbiamo notato, una donazione fatta per interposizione di persona ove questa non abbia avuto scopi diversi, come pure può accadere.

A chi si deve conferire? Si deve conferire in favore degli altri discendenti che siano egualmente eredi, tranne però che il donante o il testatore abbiano imposta la collazione anche in favore di altre persone (art. 1014). Dunque se vi è un discendente, che sia erede e donatario senza dispensa dalla collazione, ma che succede solo o con altri eredi che non siano discendenti, come può accadere se la successione sia testata, non c'è obbligo della collazione, perchè la collazione è un diritto ed una obbligazione reciproca e presuppone l'uguaglianza di posizione giuridica tra i vari obbligati ed aventi diritto. È necessario dunque per pretendere la collazione essere discendenti ed eredi.



uno crede che non sia discendente, o un discendente che non sia crede non può pretendere la collazione. Oltre ciò: se nessuno può pretendere la collazione e neanche approfittarne: non possono profittarne i creditori del defunto ed i legatari e ciò in base allo stesso principio per cui non possono né domandare, né approfittarsi della riduzione delle donazioni (art. 1014). La collazione e la riduzione sono due istituti che hanno uno scopo determinato e circoscritto che non è già quello di aumentare la massa ereditaria per tutti i possibili rapporti, ma di aumentarla solo per determinati effetti: cioè la riduzione intende ad accrescere la massa ereditaria perchè non sia lesa la legittima; la collazione per il solo ed esclusivo effetto di porre una certa uguaglianza tra i vari discendenti eredi. I legatari, i creditori del defunto, ancorchè in fatto potessero avere interesse ad approfittare della collazione, non possono, perchè altrimenti la collazione esorbiterebbe dal suo scopo. Però se i legatari in nessun caso possono approfittare della collazione, i creditori del defunto possono talvolta approfittarne, quando cioè avvenuta la collazione, il patrimonio dell'altro erede a cui non fu fatta la donazione e che abbia accettato puramente e semplicemente viene ad essere aumentato. Mettiamo che Orazio lasci un patrimonio di 50.000 lire e due figli, uno dei quali ha già avuto in vita per donazione 10.000 lire. Mettendo costui in collazione le 10.000 lire ricevute, il patrimonio ereditario viene ad essere aumentato e da 50 diventa 60 mila, in modo tale che i due figli, avranno cia-



sanno 25 mila lire, più 5 mila lire in forza della collazione, ossia avrà ognuno 30 mila lire. In tal caso i crediti personali dell'erede, in cui vantaggio si è conferito, vengono a giovare della collazione che accresce di 5 mila lire il patrimonio del debitore, perché questo, come ognuno sa, è la comune garanzia dei creditori. In ciò non vi può essere dubbio: ma non v'è dubbio nemmeno che, come i creditori personali dell'erede, così traggano indirettamente profitto dalla collazione, i creditori del defunto, se l'eredità fu accettata puramente e semplicemente: perché con tale accettazione i creditori del defunto sono anche creditori personali dell'erede, e come questi si gioveranno della collazione. La conseguenza è che ove vi sia accettazione pura e semplice per la cui efficacia i creditori del defunto diventano creditori personali dell'erede, costoro servendosi del diritto concesso nell'art. 1234 C.C. cioè agendo in rappresentanza del loro debitore, possono anche domandare la collazione. Ecco come si deve interpretare il disposto della legge, cioè in senso restrittivo: i creditori del defunto non possono approfittare della collazione, quando l'accettazione dell'eredità sia avvenuta col beneficio dell'inventario; ma se l'accettazione è pura e semplice, siccome di regola i creditori personali si approfittano di tutti i vantaggi patrimoniali che gli eredi vengono a fare in qualsiasi modo o per forza di riduzione o per forza di collazione, così anche i creditori ereditari risentiranno un vantaggio. A questo punto la legge (art. 1014 capov.) ha voluto stabilire una norma che non ha



«lun nelfo col principio che solo i coeredi discendenti possono pretendere la collazione. L'art. 1014 dopo aver ciò enunciato aggiunge come se ciò fosse una conseguenza nel capoverso: «il donatario perciò o il legatario della porzione disponibile che sia insieme erede legittimario, può pretendere la collazione al solo effetto di stabilire la quota della sua legittima e non mai per integrare la porzione disponibile». Questo capoverso non si capisce se si voglia spiegare in relazione col principio posto nel 1° comma dell'art. stesso. Perciò esso ha dato luogo a molte discussioni. Per renderne facile l'intelligenza occorre anzi tutto rilevare varie inesattezze di forma in cui il Codice è caduto.

Cominciamo dal notare che se nel diritto francese potevamo parlare di donatario del disponibile, essendo inpermesse le istituzioni contrattuali in occasione di matrimonio, ciò non è mai possibile nel diritto vigente.

Dippiù pel Codice francese si poteva parlare di legatario di una quota di patrimonio, mentre pel nostro Codice chi è istituito in tutta o in parte della disponibile è sempre erede e non legatario. Ma queste inesattezze di linguaggio sarebbero innocue.

Invece ve n'è delle altre.

L'articolo contiene una limitazione apparente con la frase «che sia insieme erede legittimario» mentre tratta di un principio generale, che vale anche per gli eredi del tutto estranei.

Una terza inesattezza ed è più grave di tutte sta nella parola «collazione» che è adoperata impropriamente e



deve intendersi non già nel significato di reale conferimento, ma nel senso di riunione fittizia, ai fini della formazione della massa, ai termini dell'art. 822 Cod. Civ. E in ciò sta la chiave dell'enigma.

In sostanza l'articolo vuol dire questo.

Per stabilire quale sia la quota di legittima e correlativamente quale sia la quota disponibile (sia stata lasciata ad un estraneo o ad un riservatario poco monta) bisogna fare la collazione fittizia di tutte le liberalità.

Ma l'erede istituito nella disponibile non ha diritto a pretendere per intero o riducendo le liberalità fatte ad altri per integrarla, bensì deve contentarsi di prendersela nei limiti di ciò che si trova nel patrimonio lasciato dal defunto. Solo chi è legittimario può fare ridurre le donazioni che ledono la riserva e sino alla misura di questa: ma quando all'erede della disponibile deve limitarsi a prendere la mutilata, e non può attaccare le donazioni fatte ad altri.

E questa è la spiegazione che del resto comunemente gli scrittori danno dell'art. 1314, ed è conforme anche ai precedenti storici. Di vero nel Cod. francese era detto nell'art. 857 che la collazione non era dovuta a favore dei legatari, onde nacque il dubbio come dovesse misurarsi la disponibile in un caso come il seguente.

Per es. un padre ha donato in conto di legittima al l'unico figlio 25 mila lire, ha donato ad un estraneo 10 mila e poi istituisce erede nel disponibile l'orco, quando dopo la sua morte i beni rimasti ammontano ap.



pina a 15 mila lire.

Se la disponibile si dovesse misurare sul *quid relictum* soltanto, Virio istituito in essa non avrebbe diritto che a metà dell'asse cioè 7500. E così nei primi tempi ritenne la giurisprudenza francese. Ma nel 1826 la Cassazione di Parigi mutò avviso e stabilì la massima che bisogna fittiziamente cumulare anche il *quid donatum*: quindi nella specie ricordata sommandosi 25 più 10 più 15 si ha la ricostituzione dell'intero patrimonio in lire 50 mila, di cui la metà ossia 25 rappresentano il disponibile. Ma trovandosi nei beni lasciati dopo la morte solo il valore di 15 mila, può il legatario della disponibile per integrare questa chiedere la riduzione della donazione di 10 mila? No: egli si deve contentare di prendere 15 mila, ch'è tutto ciò che si trova nel patrimonio lasciato.

Questa massima si volle sancire nel Codice parmen-  
se col capov. dell'art. 996 ch'era così concepito: « Il dona-  
tario però e il legatario della porzione disponibile  
che sia insieme erede legittimario non può pretendere  
la collazione se non all'effetto di stabilire la quota del-  
la sua legittima, non mai a quella di aumentare  
la porzione disponibile.

Ma la parola aumentare, si prestava ancora  
a dubbi e a discussioni, quasi vi fosse una dispo-  
nibile minore, che si volesse dipoi accrescere. Perciò il  
nostro Codice ha preferito adoperare la parola a inte-  
grare, la quale chiaramente dinota che altro è



la misura astratta della quota disponibile che si ot-  
tiene in seguito alla riunione fittizia di tutti i beni  
compresi quelli dovuti in vita dal *de cuius*, altro  
è ciò che il disponibile ha diritto a conseguire.

In ogni modo il capoverso dell'art. 1014 è fuori  
di posto e ciò è stato causa di dubbii e di controversie.

Esso andava a ricollegato all'articolo 822 che stabili-  
sce il modo della formazione della massa e l'obbli-  
go della riunione fittizia, ma non ha punto che ve-  
dere con la collazione vera e propria, di cui si occu-  
pa la prima parte dell'art. 1014.

---



# Lezione XXX<sup>a</sup>

## Sommario

Oggetto della collazione. Donazioni dirette. Esempi: dote - corredo nuziale - patrimonio sacro - assegno per qualunque ufficio o collocamento. Donazioni indirette: vari casi: contratte onerosi, specie il contratto di società. Donazioni mascherate. Si determina l'oggetto della collazione: e ciò che constitui oggetto della donazione - non già i vantaggi da essa occasionati - non i frutti e interessi provenienti da cosa donata - sì quelli che furono unico oggetto della donazione. Collazione dell'usufrutto. Collazione dei premi di assicurazione. Collazione nel caso di dote pagata senza garanzia.

Che cosa si deve conferire? Si debbono mettere in collazione per il codice nostro solo le cose ricevute per donazione, non quelle ricevute per legato, salvo la volontà contraria del testatore. Anche in ciò, come già notammo, v'è differenza tra il codice francese ed il nostro; mentre per il primo anche i legati sono sottoposti a collazione; pel nostro no; e questo pel principio di libertà individuale accentratosi maggiormente nella nostra legge, a scapito di quello della proprietà domestica. Dico, ove una persona faccia un legato, questo dimostra così chiaramente



la volontà di attribuire un vantaggio che non deve essere posto in collazione, da non potersi disconoscere, senza negare nel tempo stesso la facoltà nell'individuo di disporre liberamente delle cose sue. Si capisce che la donazione si debba mettere in collazione in mancanza di volontà contraria, ma se si dovesse mettere in collazione anche il legato, che vantaggio avrebbe il legatario? L'effetto sarebbe come se il legato non fosse stato fatto, perchè in nessun istante il legatario rineverebbe vantaggio dal legato; mentre le donazioni, anche sottoposte a collazione, conferiscono al donatario un lucro per tutto il tempo che passa dall'atto di donazione sino all'apertura dell'eredità. La legge dice: « tutto ciò che è stato donato direttamente o indirettamente » quindi tutte le donazioni, qualunque forma assumano e qualunque natura abbiano debbono essere sottoposte a collazione.

Parliamo anzitutto delle donazioni dirette. Per donazione diretta s'intende l'atto che ha l'unico ed esclusivo scopo della liberalità, un atto di vera e propria donazione. Quando si ha un atto di vera e propria donazione, non c'è dubbio che la cosa donata debb'essere conferita. Di tale riguardo non si tien conto né della forma, né dell'oggetto, né della data, né della speciale natura della donazione. Non si tien conto della forma. La donazione, lo sappiamo, dev'essere fatta con atto pubblico ed in forma solenne; ma se per caso una donazione sia fatta con atto privato, è conferibile o no la cosa donata? Senza dubbio dev'essere conferita; e in



porta dire che la donazione è nulla per la forma, in-  
quanto che gli eredi potranno, se loro torna conto inten-  
dare l'azione di nullità; ma se ciò non vogliono po-  
tranno ritenere valida la donazione e pretendere la  
collazione. Così per esempio, se il donatario rinuncia  
alla successione e quindi non deve conferire niente a  
gli altri coeredi gioverà far dichiarare la donazione nul-  
la per la forma, ove non sia stata da loro ratificata;  
ma ove il donatario accetti, potrà essere più utile do-  
mandare semplicemente la collazione, come se la dona-  
zione fosse valida. Per ciò sono sottoposte a collazione an-  
che le donazioni manuali, le quali sono valide nei  
limiti ammessi dalla giurisprudenza. Non si guarda  
nemmeno all'oggetto, o se la donazione abbia avuto  
per oggetto un bene immobile o mobile, o abbia avuto  
per oggetto la proprietà stessa delle cose o un diritto  
reale su di esse, come una servitù, vi sarà sempre col-  
lazione. Così ancora se oggetto della donazione sia  
un credito, il credito donato sarà conferito. Non si tien  
conto della data della donazione. Per la riduzione si  
deve tener conto della data, perché bisogna procedere al-  
la riduzione dell'ultima donazione risalendo gradatamen-  
te alla prima, in quanto solo l'ultime donazioni han po-  
tuto intaccare la legittima. Ma siccome lo scopo della col-  
lazione è diverso da quello della riduzione, non importa  
il tempo in cui la donazione da conferirsi sia avvenuta;  
che essa sia l'ultima o la prima ed ancorché sia avvenu-  
ta 30, 40, 50 anni prima dell'apertura della successione,



ciò non importa; l'azione per la collazione sorge solo coll'apertura della successione, quindi il periodo trentennale decorso prima non può accamparsi per far valere la prescrizione. Non si guarda neanche alla natura speciale che abbia la donazione: non tutte le donazioni hanno per scopo una semplice e pura elargizione, costituiscono delle semplici generosità, ma vi sono donazioni che sono ispirate dal motivo di remunerare dei servizi, di compensare certi favori ricevuti dal donante. Pure anche le donazioni remuneratorie, siccome il codice le considera vere donazioni, saranno sottoposte a collazione. Inoltre non sempre le donazioni costituiscono un puro vantaggio; ma spesso costituiscono un vantaggio misto a pesi. Dono 100.000 lire a mio figlio, purché elargisca un tanto in elemosine. In questo caso c'è un vantaggio limitato dall'onere. Ma anche la donatio cum onere è una donazione e quindi dev'essere conferita. Però nelle donazioni remunerative ed in quelle miste ad onere che non rappresentano un puro vantaggio, ma un vantaggio limitato, bisogna conferire solo il di più, solo quello che costituisce il vero vantaggio. Supponiamo che i servizi erano tali che meritavano un compenso, dalla donazione bisognerà diffalcare il compenso di questi servizi. Così nella donatio cum onere dev'essere conferito solo il di più guadagnato dal donatario, dopo avere adempiuto il peso. Bisogna insomma conferire tutto e solo ciò che il donatario ha lucrato; né più, né meno. La legge poi non si è accontentata del principio generale



che tutte le donazioni debbano essere conferite, ma ha voluto fare degli esempi che a prima vista parrebbero inutili, ma che si spiegano per ragioni storiche. L'art. 1007 dice che è oggetto a collazione ciò che il defunto ha speso per la dote ed il corredo nuziale delle discendenti, per costituire al discendente il patrimonio ecclesiastico, per procurargli qualunque ufficio o collocamento, o pagare i debiti. Ora lasciando da parte il pagamento dei debiti che non costituisce donazione diretta, fermiamo la nostra attenzione agli altri casi.

La dote. A prima vista la menzione espressa della dote non si comprende, anche per la considerazione che dalla storia della collazione risulta la dote essere stata prima di ogni altra liberalità sottoposta a collazione. L'istituto della collazione qual'è disciplinato dal Diritto Giustiniano si riattacca all'antica collatio dotis. Se poi abbiamo riguardo allo stesso Diritto Giustiniano, troviamo che non tutte le donazioni furono sottoposte a collazione, ma soltanto quelle che fanno presumere la volontà del donante di anticipare sulla successione: e tale è la dote principalmente e ogni assegno pel collocamento dei figli. Perchè dunque la legge ha voluto parlare espressamente di queste donazioni, quando oltre ad essere comprese nel principio generale, per antica tradizione sono state le tradizioni tipiche sottoposte a collazione? Dunque bisogna notare che il codice nostro è stato più minuzioso del codice Napoleone, perchè mentre in questo non si parla di dote e di corredo nuziale, ma soltanto di assegno per collocamento,



invece nel nostro codice se ne parla. Nel codice Bar-  
manse ed Albertino oltre agli assegni per il collocamen-  
to dei figli, si considerano anche la dote ed il corredo mu-  
riale. Su questi codici si è parlato della dote per le se-  
guenti ragioni. Al prima vista poteva parere che la dote  
non fosse oggetto di collazione perché nella legislazione au-  
teriore l'obbligo della dote c'era in certe persone, ed anche  
oggi nonostante le disposizioni tassative di legge (art. 147),  
vi sono autori che s'ostinano a credere che se a costitui-  
re la dote non v'è obbligazione civile, v'è obbligazione na-  
turale, il che non è esatto; perché avendo il codice san-  
zionato il principio che il padre di famiglia non è obliga-  
to in nessun modo a costituire la dote, e che i figli non  
hanno alcuna azione per la costituzione della dote, così  
non si può parlare né di obbligo civile, né naturale. Ma  
siccome poteva nascere il dubbio in base ai codici prece-  
denti che la costituzione di dote fatta dai genitori potes-  
se considerarsi non come liberalità, ma come adem-  
pimento d'un obbligo il codice nostro, seguendo i codi-  
ci Barmanse ed Alb., ha detto espressamente che la dote  
è soggetta a collazione, perché è una vera e propria libera-  
lità. Non solo, ma com'è noto, la dote è inalienabile;  
ora la collazione importa una specie di alienazione,  
perché dovendo le cose costituite in dote essere conferite  
nella massa ereditaria, da questa collazione può derivare  
che la dotata riceva meno di quello che ricevette in do-  
te: ed ecco che, potendo sorgere anche il dubbio se essen-  
do la dote inalienabile, debba ritenersi non conferibile.



il codice Parm. ed Alb. disposero che la dote dev' essere conferita.

**Corredo nuziale.** Perché il codice ha parlato del corredo nuziale? Anche sotto l'impero del codice Napoleonico si fa questione intorno al corredo nuziale, se sia conferibile o no. Se il corredo nuziale si contemplato nel contratto dotale e si considera parte della dote, allora non c'è dubbio che dev' essere conferito per quello che abbiamo detto sopra. Ma molte volte il corredo nuziale sta da sé: il padre di famiglia non costituisce la dote, ma dona un corredo nuziale: questo non è accessione della dote, ma sta da sé e conferibile? Per il codice francese si dubita, perché c'è un articolo in cui si dice che le spese per alimenti dei figli e per gli abbigliamenti non sono sottoposte a collazione, quindi può parere che anche il corredo nuziale possa andare compreso sotto la parda abbigliamenti. Su vista di tali dubbi e di tali questioni il nostro codice ha avuto cura di dire che il corredo dev' essere sottoposto a collazione.

**Patrimonio ecclesiastico.** Per il Diritto Canonico il patrimonio ecclesiastico o sacro (*titulus patrimonii*) è una dotazione che il clero deve avere per potere ricevere gli ordini sacri: e che può essere costituita dal clero stesso con beni propri o anche da un terzo: onde il patrimonio ecclesiastico può dirsi che abbia una natura analoga alla dote. Dalle leggi della Chiesa esso venne dichiarato inalienabile e inesquestrabile; talché alcuni canonisti, derivando logicamente le conseguenze dalla regola dell'inalienabilità, ritengono che il patrimonio sacro,



appunto perché inalienabile, non dovess'essere sottoposto né a riduzione, né a collazione, perché tanto la riduzione che la collazione possono portare la conseguenza di una perdita totale o parziale di questo patrimonio. Ma se la maggior parte degli autori seguirono quest'opinione vi furono alcuni che sostennero che il patrimonio ecclesiastico sebbene inalienabile, pure dovesse essere sottoposto a collazione. I codici Parm. ed alb. volendo risolvere la questione che si agita, ora nel Diritto comune stabilirono che il patrimonio sacro è sottoposto a collazione.

Finalmente la legge parla di qualunque assegno per procurare un ufficio o collocamento. Il padre, come non è obbligato a dare la dote alle figlie, non è obbligato a fare assegni ai figli per intraprendere l'esercizio di un'arte, di una professione, di una industria (art. 147). Tutto ciò che dà a questo titolo costituisce una vera liberalità che è sottoposta a collazione. Solo s'è disputato intorno all'estensione della frase adoperata dalla legge, ossia « qualunque ufficio o collocamento » in parecchi casi. Quando la surrogazione pel servizio militare era permesso si faceva la questione se dovesse conferirsi ciò che si pagava per il cambio.

Oggi questo non è più possibile, e si fa la questione per il pagamento della tassa del volontariato di un anno; le 1200 o 1500 lire che il padre paga perché il figlio possa fare il volontario di un anno, si debbono o no conferire? Gli autori francesi dubitano. In Italia la giurisprudenza ha ritenuto, che bisogna tener presenti le diverse



circostanze di fatto per dare una decisione esatta (1) Se il pagamento è fatto per abbreviare il servizio militare del figlio che era il sostituto della famiglia e quindi dal pagamento della tassa e dalla conseguente abbreviazione del servizio militare tutta la famiglia ha ricinto un vantaggio economico dovuto all'esercizio dell'arte o dell'industria del figlio stesso, in questo caso il pagamento non deve considerarsi. Se invece si tratta di famiglia ricca, o anche povera o cui l'abbreviazione del servizio militare non porta alcun vantaggio economico, e il padre ha pagato la tassa solo per seguire l'andazzo delle persone benestanti di non far compiere ai figli il servizio militare ordinario, e dare così un vantaggio esclusivo al figlio, il pagamento della tassa di volontariato assume carattere di liberalità e come tale è sottoposto a collazione. Così sono sottoposti a collazione tutti gli assegni che il padre fa ai figli per costituirsi una biblioteca, per pagare la tassa d'iscrizione all'albo dei procuratori, degli avvocati, per entrare nella carriera diplomatica, ecc. in tutti questi casi si tratta di donazioni sottoposte a collazione.

Finora abbiamo parlato delle donazioni dirette, cioè di quegli atti i quali hanno per scopo esclusivo una liberalità: ma vi sono anche delle donazioni indirette che il codice menziona espressamente nell'art° 1001. Prima di tutto che s'intende per donazione indiretta? Il concetto di donazione indiretta non si trova molto chiaro presso i giuristi, anzi spessissimo dai magistrati e dagli au-

(1) A tale criterio accennava anche il Procuratore nella Commissione coordinatrice





tori si confonde la donazione indiretta colla donazione mascherata sotto forma di contratto oneroso. Da ciò sorgono delle conseguenze erranee che non starò ad esporre: però per l'elucidazione dei concetti dirò che cos'è la donazione indiretta e in che differisce dalla mascherata, sotto forma di contratto oneroso. La donazione indiretta è un atto giuridico che si compie effettivamente, o anche un semplice fatto, e che ha un'indole propria diversa dalla donazione e scopi propri che per se stessi non costituiscono liberalità, onde se produce liberalità la produce solo perchè compiuto in certe circostanze speciali di fatto; mentre la donazione diretta è quell'atto che per se stesso ha natura giuridica di donazione e non ha scopo diverso della liberalità. Inoltre l'atto di donazione, o donazione diretta è sempre un atto giuridico (ossia una dichiarazione di volontà) e inoltre un atto giuridico bilaterale (ossia un contratto): invece la donazione indiretta può essere costituita da un contratto, da un atto unilaterale, e anche da un semplice fatto volontario che non sia dichiarazione di volontà. Si dice donazione indiretta, perchè la liberalità non deriva dalla natura dell'atto astrattamente considerato, ma deriva dalle circostanze che accompagnano l'atto quale in concreto è compiuto. Invece che cos'è la donazione mascherata? La donazione mascherata è una vera e propria donazione diretta, cioè l'intenzione della persona è di donare, ma questa intenzione viene dissimulata sotto la forma di un contratto oneroso, come per es. sotto la forma di un contratto di compra-vendita. Quando si compie la donazione



in mascherata, si hanno due atti distinti, un atto vero e un atto fittizio: l'atto vero è la donazione, l'atto fittizio è la compra-vendita, che maschera la donazione, onde per vedere se ci sia donazione o no, bisogna strappare questa maschera. Invece quando si tratta di donazione indiretta, l'atto è unico, è atto reale, effettivo, da cui risulta come conseguenza un vantaggio in favore di una persona. Ecco la differenza che poi produce conseguenze pratiche in tutt'altro campo però che non sia quella della collazione. Ciò premesso, adduciamo degli esempi di donazioni indirette che debbono essere conferite. Un esempio di donazione indiretta è la rinuncia a un diritto qualsiasi. La rinuncia a un diritto non è per se stessa atto di liberalità, perchè di per se non ha altro scopo che quello d'estinguere un diritto. Questa rinuncia, secondo le circostanze in cui è fatta, può essere atto oneroso se si riceve un corrispettivo; può essere atto gratuito se fatta con intenzione di favorire altra persona, può essere atto indifferente, perchè si può compiere senza intenzione né di ricevere un corrispettivo, né di dare un vantaggio, ma solo allo scopo d'abbandonare un diritto. Infatti la rinuncia all'eredità può essere fatta per un corrispettivo, e allora la legge dice che equivale ad accettazione: può essere fatta a titolo gratuito ed assumere il carattere di vera donazione: può essere fatta puramente e semplicemente pel solo scopo di non essere considerato, come segue quando l'eredità è onerata di pesi. La rinuncia dunque non importa per se



stessa liberalità; ma se venga fatta con lo scopo che un altro si possa così avvantaggiare, ove questo vantaggio praticamente si consegua, la rinuncia costituisce una donazione indiretta. Così supponiamo che un padre di famiglia chiamato insieme con i suoi due figli all'eredità d'un parente, per far cosa utile ai figli rinuncia all'eredità e rinuncia puramente e semplicemente innanzi al cancelliere della Pretura perché sa che per effetto di tale rinuncia per legge i figli acquistano tutta l'eredità. In questo caso, sebbene la rinuncia non abbia lo scopo di compiere una liberalità, pure perché fatta in tali circostanze produce necessariamente un vantaggio ai figli, essa costituisce una donazione indiretta.

Un altro caso di rinuncia è quello della remissione di un debito. Il padre ha un credito verso il figlio e gli restituisce il chirografo o la cambiale. Tale restituzione per legge importa remissione di debito. La remissione dei debiti per se stessa non è atto di donazione perché può aver luogo o se il debitore è stato veramente pagato, o perché si sa che il debitore non può pagare e quindi conviene rinviare il debito per non pagare importa di ricchezza mobile. Non ostante quindi che la remissione dei debiti per se stessa non sia atto di donazione, pure se si fa in circostanze da produrre un vero lucro al debitore, allora assume il carattere di donazione indiretta. Altro caso: il padre va a seminare sul fondo del figlio, fabbrica sul fondo del figlio coll'animo di donare e non coll'animo di ripetere le spese fatte. Il



Tutti della fabbrica, della seminazione sul fondo altrui, che per se stessi non importano donazione, in questo caso importano donazione indiretta. Il caso più comune si ha quando il padre di famiglia volendo favorire un figlio a scapito degli altri acquista un bene in testa del figlio, ma con denaro proprio. Il figlio si presenta innanzi al notaio o innanzi al magistrato e contratta o licita, ed acquista così i beni pagando con denaro somministrato dal padre. In questo caso c'è una donazione indiretta, perché apparentemente il figlio acquista con denaro proprio; ma sottomano è il padre che ha fornito tale denaro.

Altro caso è quello dell'assicurazione in favore del terzo, cioè in favore del figlio. Il padre assicura il figlio o la figlia e paga regolarmente i premi, mentre l'indennità finale sarà poi pagata al figlio o alla figlia. In questo caso il padre non ha fatto un contratto di donazione, ma un contratto d'assicurazione; però da questo contratto deriva un vantaggio al figlio o alla figlia e si ha una donazione indiretta. Gli esempi si possono moltiplicare: ma non bisogna omettere quella arrecato espressamente dalla legge, cioè il pagamento dei debiti del figlio (art. 1007). Infatti, se il padre paga i debiti di un figlio senza surrogarsi nei diritti del creditore e con l'arbitrio di non pretendere rivalsa dal figlio stesso, è evidente che il suo atto costituisce donazione indiretta, perché il figlio riceve senza dubbio un vantaggio patrimoniale, senza corrispettivo. Il codice inoltre ricorda casi di donazione indiretta in cui il vantaggio che ne deriva è solo parziale.



come è quello di un contratto oneroso che il padre compie col figlio, ma il corrispettivo che riceve è inferiore al valore di ciò che dà (arg. art. 1010). Un padre vende a un figlio un fondo del valore di £ 50.000, per sole £ 20.000. In questo caso c'è una donazione indiretta, ma parziale. Ben c'è un vero contratto oneroso, in quanto il padre riceve un corrispettivo, ma siccome questo corrispettivo è inadeguato, si è una donazione indiretta per quanto il prezzo è inferiore al valore reale. L'art. 1010 del Codice Civile dispone che quando si è una convenzione a titolo oneroso e da questa convenzione il figlio ricava un vantaggio, bisogna vedere se questo vantaggio è nato nel momento stesso della convenzione oppure in tempo posteriore. Perché? Perché se è derivato nel momento stesso della convenzione, ciò significa che è effetto della convenzione e quindi il contratto oneroso in parte contiene una donazione indiretta; ma se il vantaggio si è avverato in tempo posteriore, non si può dire scaturito dall'atto, ma è semplicemente occasionato, e quindi non dev'essere conferito. Nel caso che il padre venda un fondo a minor prezzo, il figlio riceve un vantaggio nel momento della convenzione; e perciò la vendita importa donazione indiretta. Ma se vende al figlio un fondo al giusto prezzo, però dopo la vendita per il fatto che si è costituita una ferrovia accanto, o è sorto un centro abitato, il fondo ha acquistato maggior valore; anche allora, è vero, il figlio viene ad avere un vantaggio, ma siffatto vantaggio è semplicemente occasionato, non deriva dall'atto di compra-vendita, come effetto



da causa; oppure non dev'essere conferito. Se il vantaggio quindi si verifica nel momento in cui avviene il contratto oneroso, allora vuol dire che il vantaggio è conseguenza dell'atto e che il padre ha fatto una donazione indiretta parziale, ma se il vantaggio è posteriore ed è un vantaggio occasionato non causato dall'atto, allora sarebbe ingiusto pretendere il conferimento; perchè la collocazione ha per scopo di rimettere il patrimonio del defunto nello stesso stato in cui si sarebbe trovato se la donazione non fosse avvenuta.

Continuando ad applicare lo stesso concetto che i vantaggi derivanti da contratto oneroso non debbono essere conferiti, tranne che essi siano causati dallo stesso contratto, e quindi si avranno al tempo in cui questo fu compiuto la legge all'art. 1011 si occupa del contratto di società stipulato dal padre col figlio. Un tale contratto di società potrebbe nascondere facilmente un vantaggio indiretto, perchè apparentemente potrebbe risultare che il figlio nella massa sociale abbia conferito una porzione di beni uguale a quella del padre, mentre in effetti pur essendoci uguaglianza di utili tra figlio e padre, il figlio non abbia posto niente nella massa sociale.

Il codice francese ha considerato il contratto di società tra padre e figli come un contratto sospetto di contenere una donazione indiretta; perciò ha stabilito che per levare questo sospetto occorre che il contratto sociale sia fatto con atto autentico. Il nostro codice si è contentato di meno: basta che il contratto abbia data certa, qualunque sia la forma, scritta o pubblica o privata. Quando il contratto sociale ha data certa, parago-



mando il patrimonio del figlio al tempo del contratto col patrimonio ch'egli ha in tempo posteriore si può vedere se il vantaggio che egli ne ha ricavato derivi immediatamente dal contratto sociale, come da sua unica causa, oppure è un vantaggio che si è verificato dopo per l'incremento dell'industria o per altre ragioni: di modo che se il contratto sociale non ha data certa si presume che contenga un vantaggio indiretto e quindi il figlio è obbligato a conferire il vantaggio a lui derivato, tranne la prova in contrario. D'altra parte il semplice fatto che esiste data certa nel contratto sociale, non significa che il figlio non debba giammai conferire il vantaggio. Quando c'è data certa, la legge presume soltanto che il contratto sia oneroso; come, se non v'è data certa, presume il contrario. Ma contro la presunzione della mancanza di liberalità indiretta è ammessa la prova contraria; quindi si può provare non ostante la data certa, che il contratto fu compiuto in modo tale da recare al figlio un vantaggio indiretto. Ecco come si spiega l'art. 1040, da cui risulta non bastare la condizione che il contratto abbia data certa, ma occorre ancora che questo sia fatto *senza frode*, la quale frase vuol significare « senza vantaggi indiretti occultati sotto l'apparenza del contratto oneroso regolarmente compiuto ».

Oltre le donazioni indirette, ci sono le donazioni dissimulate. Le donazioni mascherate ordinariamente sono quelle che si nascondono sotto forma di contratto oneroso. La legge non ne parla distintamente, perchè si applica lo stesso principio generale delle donazioni. Quando si dimostra che la vendita non è che apparente, ma in realtà s'intende fare una donazione, si applica il



principio comune ad ogni donazione e perciò v'è l'obbligo della collazione. Qui però nasce un dubbio, perchè può darsi che il donante abbia fatto una donazione mascherata sotto forma di contratto oneroso appunto per dispensare dalla collazione. Alcuni dicono: il fatto di avere dissimulato la donazione sotto forma di contratto oneroso importa tacita dispensa da collazione, e quindi questa non deve aver luogo: altri negano che si possa parlare di tacita dispensa da collazione, e quindi sostengono che sempre la donazione mascherata debba essere conferita. È falsa tanto l'una che l'altra opinione. Può quel fatto essere stato compinto coll'intenzione di sottrarre così la liberalità dalla collazione; ma può anche avere altro scopo, quello per es. di sfodare la legge sul registro. Quindi non essendo unico lo scopo presumibile di questa simulazione, bisogna provare in fatto che l'intenzione fu quella di dispensare dalla collazione. D'altra parte non si può dire che non si ha mai il diritto di provare la volontà di dispensare in tal modo dalla collazione, dacchè la dispensa dalla collazione non deve avere forma speciale; la intenzione a ciò diretta può manifestarsi in tutti i modi, non solo espressamente, ma anche tacitamente, ossia con fatti da cui si possa argomentare una tale volontà.

Abbiamo detto che le donazioni debbono conferirsi. Ma che cosa proprio si deve conferire? La regola generale è che si deve conferire solo ciò che è effettivamente uscito dal patrimonio del donante, ed è entrato a far parte di quello del donatario. Quindi deve conferirsi solo ciò che è stato oggetto della donazione, non anche i vantaggi connessi alla donazione, occasionali da essa. La legge ha fatto l'applicazione di questo princi-



pio non solo come abbiamo visto, rispetto alle donazioni indirette contenute in contratti onerosi, ma anche rispetto alle stesse donazioni dirette, sottraendo dalla collazione i frutti e gl'interessi delle cose donate percepiti prima dell'apertura della successione (art. 1013). Gli autori si affannano a trovare la ragione di ciò: Ollivier dicono: se si fosse ammessa la collazione dei frutti e degli interessi, ne sarebbe venuto un vero disastro pel donatario, il quale, invece di ricevere un vantaggio dalla donazione avrebbe avuto un danno, perchè avrebbe dovuto sborsare, ed in una volta sola il valore di tutti i frutti e interessi percepiti per molti anni, e i quali perciò possono raggiungere una somma superiore al capitale donato. Ma la ragione giuridica migliore è questa. Ciò che si deve conferire è quello che si è avuto in dono, cioè l'immobile o il denaro e non i frutti e gli interessi. E poi, i frutti e gl'interessi non sono delle cose che spuntano come funghi; perchè un fondo produca dei frutti, ci vuole l'attività di coltivatore, perchè un capitale produca interessi bisogna che s'impieghi, si richiede una certa attività. I frutti e gli interessi non sono cose che derivano necessariamente dalla donazione, ma sono semplicemente occasionate da essa e quindi non sono sottoposte a collazione. Questa ragione da noi accolta, e che del resto fu adottata dal Pothier, ci aiuta a risolvere facilmente una questione nata circa l'interpretazione lata o stretta dell'art. 1013. Supponiamo che la donazione abbia avuto per oggetto dei frutti di un fondo, o gl'interessi d'un capitale, come se un padre di famiglia abbia donato ad un figlio la rendita del fondo A o i fitti nel palazzo B. cc. In questo caso la collazione è dovuta o no? Gli autori che interpretarono letteralmente quell'articolo, dicono che in questo caso la donazione non è sottoposta a collazione,



Perchè si tratta di frutti o d'interessi: altri che sostengono l'interpretazione restrittiva opinano in contrario senso. Ma i primi, quando noi, hanno torto perchè han trascurato la ragione logica dell'atto. Se la legge dice che i frutti e gl'interessi non sono soggetti a collazione, è perchè presuppone che la cosa donata sia una cosa fruttifera, sia una cosa che abbia valore di capitale e che quindi i frutti e gl'interessi siano un prodotto semplicemente occasionato dalla donazione della cosa. Se il principio generale è che tutto ciò che è donato dev'essere conferito qualora la donazione ha esclusivamente per oggetto i frutti e gl'interessi che provengono da un capitale, in questo caso si deve applicare il principio generale, cioè che bisogna conferire ciò che s'è avuto in donazione. Qui non si può dire che i frutti siano occasionati dalla donazione, ma sono causati da essa in quanto ne formano l'unico oggetto.

A questo proposito si fa un'altra grave questione. Quando il padre di famiglia ha donato non già la proprietà d'un immobile, ma l'usufrutto d'un immobile: l'usufrutto è sottoposto o no a collazione? I casi possono essere due: il padre di famiglia, aveva un usufrutto, e l'ha ceduto al figlio (ciò che si può fare perchè si può cedere benissimo il diritto d'usufrutto); oppure il padre di famiglia è proprietario di un fondo, si riserva per sè la nuda proprietà e costituisce in favore del figlio l'usufrutto sul fondo. Molti autori sostengono che in questi casi l'usufruttuario non debba conferire niente. Così ragionano così: che cosa dovrebbe nel momento della successione conferire il donatario? L'usufrutto, ma l'usufrutto si risolve nei frutti e i frutti noi sappiamo che non sono soggetti a collazione, quindi non si deve conferire niente. Se l'usufrutto continua dopo la morte del donatario si dovrà solo conferire



i frutti che si raccolgono dopo l'apertura della successione. Questa è l'opinione prevalente. Però la giurisprudenza in questi ultimi tempi pare abbia preso un indirizzo contrario specie per opera del compianto Prof. Gianturco, che riuscì a far riconoscere la sua tesi in una celebre causa innanzi alla Cassazione di Palermo. Per me anche l'usufrutto deve conferirsi non solo per la ragione addotta avanti, che cioè deve conferirsi tutto ciò che è stato donato e quindi anche i frutti, se i frutti sono oggetto della donazione; ma anche per un'altra ragione più convincente. Infatti nel caso in esame qual'è l'oggetto della donazione? È il diritto d'usufrutto. Ora altro è il diritto d'usufrutto, altri sono i frutti che derivano dall'esercizio del diritto d'usufrutto. Il diritto d'usufrutto è un diritto capitale che ha un valore per sé, tanto è vero che il diritto d'usufrutto può essere alienato, ipotecato; il diritto ai frutti è un diritto che si basa sull'esercizio del diritto d'usufrutto ed ha natura diversa: infatti mentre il diritto d'usufrutto è un diritto reale su cosa altrui, il diritto sui frutti provenienti dall'esercizio dell'usufrutto è un diritto di proprietà; il diritto d'usufrutto può essere immobiliare o mobiliare, secondo l'oggetto su cui cade; il diritto sui frutti è sempre mobiliare: si può conservare il diritto di usufrutto e aver perduto il diritto ai frutti, perchè di questi è stata fatta cessione. Questo dal punto di vista giuridico. Economicamente poi la differenza è evidente se si consideri che se, poniamo, l'usufruttuario è un intelligente ed abile agricoltore od industriale, può pur lasciando immutata la cosa nella sostanza e nella forma apportarvi dei miglioramenti (art. 475), o in ogni modo farla fruttare il doppio il triplo di quello che saprebbe fare un altro.



Non è quindi esatto che, restituendo l'usufrutto, il donatario viene obbligato a restituire la somma dei frutti percepiti, perchè egli di regola restituirà molto meno che se poi il donatario fosse uno scioperato o negligente da lasciare il fondo quasi in abbandono, non avesse l'abilità necessaria per farne aumentare il reddito, allora è vero che, restituendo l'usufrutto, dovrà restituire una somma eguale e forse anche maggiore dei proventi ricavati, ma allora de se queri debet. Ma nei casi normali ciò non avviene oppure l'usufruttuario sarà tenuto a restituire un valore equivalente alla somma dei frutti percepiti, egli avrà sempre guadagnato gli interessi che i medesimi hanno potuto produrre alla loro volta.

Perciò bisogna distinguere esattamente il diritto d'usufrutto considerato come diritto capitale e generatore di altri diritti, dal diritto sui frutti, che ne è una conseguenza, che può verificarsi. Il diritto d'usufrutto quindi si deve conferire. L'unica ma grande difficoltà è quella di valutare l'usufrutto, ed è perciò che gli autori preferiscono ritenere che l'usufrutto non si deve conferire; per altro altrimenti delle gravi questioni sorgono sul modo di valutare il diritto d'usufrutto. Se il diritto d'usufrutto è indipendente dalle singole annualità, non si può calcolare il valore dell'usufrutto sommando i frutti percepiti. Vi sono diversi metodi; il migliore è quello di capitalizzare l'usufrutto in base alle tavole di probabilità di morte che usano le compagnie d'assicurazione. Il diritto di usufrutto deve valutarsi sulla probabilità della vi-



ta dell'usufruttuario avuto riguardo al tempo in cui fu costituito. Un'altra applicazione del principio che si deve conferire ciò che fu oggetto della donazione, e quindi costituire effettiva diminuzione del patrimonio del donante si ha nel caso di assicurazione in favore del terzo. Il figlio, che fu il terzo beneficiario che deve conferire l'indennità avuta dall'assicuratore, o soltanto le somme pagate dal padre a titolo di premio dell'assicurazione? La questione è stata risolta dal codice di commercio in conformità dei principi generali; cioè il figlio deve conferire solo la somma che rappresenta i versamenti fatti dal padre a titolo di premio (art. 453 cod. comm.)

Inoltre l'oggetto da conferire dev'essere anche realmente entrato a far parte del patrimonio del donatario. Così se una donazione fu fatta, ma non fu mai eseguita, e nulla sarà tenuto il discendente donatario. Un'applicazione di questo principio l'ha fatta lo stesso codice civile rispetto alla dote: se il donante ha pagato la dote al marito senza le sufficienti cautele; dimodochè la dotata non abbia che un semplice credito contro il marito, senza garanzia reale, e quindi corra il pericolo di non conseguire nulla effettivamente, è tenuta a conferire non già la somma donata, ma semplicemente l'azione verso il patrimonio del marito.



## L'azione XXXI<sup>a</sup>

### Sommario

Altre cose non soggette a collazione. I modi con cui si opera la collazione - in natura o per imputazione. Collazione degl'immobili: casi in cui necessariamente deve aver luogo l'imputazione. Criterio per risolvere l'immobile donato, e conseguenze. Collazione delle cose mobili: regole speciali. Collazione dei crediti. Collazione del denaro.

Ora le cose che non vanno soggette a collazione, oltre i frutti delle cose donate, debbono annoverarsi alcune che per se stesse potrebbero sembrare oggetto di donazione, ma che un attento esame fa vedere che o non sono tali oppure sono oggetto di una donazione che non ha recato nessun aumento al patrimonio del donatario, e perciò non sono sottoposte a collazione. Il codice ne parla nell'art. 1009. «Non si debbono conferire le spese di mantenimento, di educazione, d'istruzione e le ordinarie per abbigliamento, morie e regali d'uso». Spieghiamo il significato letterale di queste parole. Perché non si debbono conferire le spese di mantenimento, di educazione e d'istruzione? È evidente; perché le spese di mantenimento, di educazione e d'istruzione non costituiscono vera liberalità, e c'è l'obbligo nel padre e nella madre di mantenere, istruire, educare i figli nei limiti delle proprie sostanze e della propria condizione. Quindi se queste co-



stituiscono un vantaggio per il figlio, questo vantaggio non deriva da una liberalità, e perciò non è sottoposto a collazione. La legge aggiunge: «spese ordinarie per abbigliamento». Che vuol dire questa parola? O questa espressione è inutile o significa qualche cosa di distinto dalle spese di mantenimento. Il primo vista parrebbe inutile, perché le spese d'abbigliamento vanno comprese sotto la categoria generale delle spese di mantenimento. Il mangiare, il vestire, la casa, ecc; sono tutte cose che si comprendono sotto la parola mantenimento. Ma non è così. Questa frase si spiega risalendo alla storia. Nelle antiche consuetudini francesi si parla di spese per equipaggiamento. In che consiste l'equipaggiamento? Siccome si tratta di tempi in cui era in fiore la cavalleria, si sa che allora quando una persona entrava a farne parte, bisognava equipaggiarla. Questa parola rimase anche nel codice Napoleonico. Il nostro codice invece adopera la frase spese di abbigliamento, colla quale perciò avuto riguardo alla storia non si debbono intendere le spese per i vestiti che il padre deve fare ai figli, ma le spese per lo abbigliamento speciale occorrente per l'assunzione di una determinata carica, come nel caso che il figlio intraprenda la carriera militare, per cui occorrono le spese per la divisa, per il cavallo, ecc; così ancora, poniamo che il figlio prenda la carriera ecclesiastica, ha bisogno degli abiti sacerdotali, e le spese per provvedergli questi abiti sono appunto spese di abbigliamento. Queste spese a rigore non costituiscono obbligo e vero e proprio del



padre di famiglia; pure la legge le considera come un complemento necessario delle spese fatte per l'educazione e l'istruzione, epperio come non sottoposte a collazione. La legge parla anche di spese per nozze. Il primo ma vista parrebbe che ci fosse contraddizione tra questo articolo e l'articolo in cui si dice che le spese per il corredo nuziale sono sottoposte a collazione. Non c'è contraddizione, altro è il corredo nuziale, altro sono le spese per nozze. Spese per nozze sono tutte quelle che si fanno per i festeggiamenti, per i documenti che si debbono esibire all'ufficiale dello stato civile ed alla chiesa, tutto ciò insomma che serve esclusivamente alla celebrazione delle nozze, mentre il corredo è qualche cosa di diverso in quanto serve per fornire la sposa di abiti, di biancheria, ecc. La legge parla infine di regali d'uso. Nelle antiche consuetudini si parlava soltanto di regali che si facevano in occasione di nozze. La posizione in cui si trova questa frase fa pensare che il legislatore intendesse esimere dalla collazione i regali che in occasione di nozze si sogliono fare. Ma la giurisprudenza francese allargò il significato primitivo di questa parola riferendola a tutti i regali d'uso, ancorché fatti in occasione diversa da nozze, come i regali fatti in occasione del Natale, del Capo d'anno, ecc. Certamente i regali per nozze sono donazioni che anziché dovrebbero sottoposte a collazione; ma siccome si tratta di donazione di cose la cui entità non arriva ad aumentare il patrimonio del donatario, onde se questo fosse



sottoposto all'obbligo della collazione, al tempo della successione, vorrebbe, si perdere qualche cosa di proprio, così sono esenti da collazione.

Dopo aver parlato delle cose che rianno sottoposte a collazione, e di quelle che ne sono esenti o per una ragione o per un'altra, dobbiamo parlare dei modi e degli effetti della collazione.

Come si opera la collazione? La collazione parlando in generale si può operare in due modi: o in natura o per imputazione. La collazione in natura si fa col porre materialmente le cose ricevute per donazione nella massa ereditaria, cosicchè queste cose che prima della successione appartenevano in proprietà esclusiva del donatario, colla collazione diventano oggetto di comproprietà tra i vari coeredi discendenti.

Che vuol dire collazione per imputazione? L'imputazione per se stessa non è un istituto giuridico, è una operazione aritmetica, che serve per raggiungere certi scopi giuridici. Imputazione è detrazione. Per esempio ricevere un immobile che vale 10.000 lire, la porzione ereditaria a lui spettante sarebbe 12.000 lire. Invece di conferire in natura quest'immobile dice: sottraggo da lire 12.000, valore della quota a me spettante, le £ 10.000 che ho ricevuto e prendo dei beni pel valore di £ 2.000. Perciò i francesi chiamano questo modo di collazione con espressione più precisa « en moins prenant » prendendo meno, cioè prendendo dai beni ereditari tanto di meno quanto è il valore di ciò che s'è ricevuto effettivamente.



vamente. Ecco che significa collazione per imputazione.

Il codice francese, a differenza del nostro, preferisce di questi due modi il primo, ossia la collazione in natura, appunto perchè il codice francese si attiene più vigorosamente del nostro al principio della comproprietà familiare, in base al quale è più giusto e più equo che le cose donate vengano conferite in natura, perchè così non resta per nulla alterato il patrimonio del defunto. Il nostro codice ha seguito un'altra via, ha dato in generale facoltà ai coeredi di scegliere l'uno o l'altro modo di collazione. Quindi per regola generale (vedremo poi le eccezioni) la collazione si può operare o in natura o per imputazione, cioè prendendo mezzo. Ciò è stabilito nell'art. 1015. A questo va congiunto l'art. 992 in cui è stabilito che quando il donatario presceglie il modo di conferire per imputazione, gli altri coeredi hanno diritto a prelevare dalla massa ereditaria un'eguale quantità di beni possibilmente della stessa natura e qualità dei beni donati. Che vuol dire ciò? Supponiamo che il valore dell'immobile donato, come nel caso dianzi fatto, sia di L. 10.000. I coeredi a cui spetta il diritto di collazione hanno facoltà di prelevare in loro favore dalla massa ereditaria tanti immobili quanti bastano per eguagliare il valore di L. 10.000, valore dell'immobile donato all'altro coerede. Cosicché alla divisione si procede solo dopo fatto questo prelevamento, onde tutto ciò che resta dopo questo di



stacco di immobili per un valore eguale a quello donato viene ripartito. In tal modo non viene ad essere alterata l'uguaglianza che la legge vuole raggiungere tra i vari coeredi e discendenti, i quali devono per regola generale avere ciascuno nella sua quota un'eguale quantità di mobili, immobili, ecc; fin quanto è possibile.

Ma vi sono dei casi in cui la facoltà di scelta all'erede donatario non è accordata, perchè egli deve conferire per necessità le cose ricevute col mezzo dell'imputazione. Quali sono questi casi? Innanzitutto distinguiamo la collazione d'immobili da quella di mobili. Parliamo prima della collazione di cose immobili. Il principio generale è quello che abbiamo detto; però in due casi l'erede donatario d'immobili deve conferire l'immobile per imputazione. E quando l'immobile sia stato alienato, o quando sia perito per colpa sua. Esaminiamo i due casi. Il coerede donatario essendo proprietario dell'immobile donatogli lo ha alienato. Egli poteva fare ciò, perchè essendo proprietario poteva disporre della cosa sua. Dovendo egli adempiere l'obbligo della collazione, la legge avrebbe fatto bene dargli la facoltà di conferire l'immobile in natura? No, avrebbe fatto male, perchè avrebbe danneggiato i terzi legittimi acquirenti, in quanto in forza della collazione così lo avrebbero veduto svanire i propri diritti. Per evitare quest'inconveniente la legge stabilisce che ove l'immobile sia stato alienato, il coerede donatario deve conferire per imputazione (art. 1016). Notate che c'è una



Grande differenza, a tale riguardo, tra il codice nostro ed il codice francese. Il codice francese prescrive l'imputazione dell'immobile solo quando sia stato alienato interamente ed inoltre solo quando l'alienazione sia seguita prima dell'apertura della successione. Orse l'immobile non sia stato alienato per intero, ma solo gravato di diritti reali; o sia stato alienato per intero, ma dopo l'apertura della successione; in questi casi la collazione deve farsi sempre in natura, sicché i diritti dei terzi in simili casi, vanno perduti. Il nostro codice invece non ha fatto distinzione tra alienazione precedente o susseguente all'apertura della successione, né tra alienazione dell'intera proprietà e costituzione di diritti reali. Questo risulta chiaramente dall'art. 1016. La legge ha aggiunto la parola *ipotecato*, appunto per rinnovare ciò che è disposto nel codice francese, il quale sanciva che solo l'alienazione dell'intera proprietà importasse l'obbligo dell'imputazione.

È evidente poi che sebbene il codice non parli che d'ipoteca, la collazione si deve fare per imputazione in tutti i casi possibili di costituzione di diritti reali sopra l'immobile. Se il donatario ha costituito una semplice servitù, un usufrutto, un uso, il terzo non dev'essere privato del suo diritto; la collazione deve farsi per imputazione. Inoltre la legge non ha determinato il tempo dell'alienazione; sia stata fatta prima dell'apertura della successione o dopo, il donatario



ha l'obbligo di conferire per imputazione, prendendo  
 meno, cioè sottraendo il valore della cosa donata dal va-  
 lore della quota ereditaria che gli spetterebbe: e così i  
 diritti dei terzi restano salvi. Altro caso in cui la leg-  
 ge obbliga l'erede a fare la collazione per imputazio-  
 ne, si ha quando l'immobile sia perito per colpa  
 del donatario. Mettiamo che il donatario abbia am-  
 to in dono una cosa che aveva bisogno delle spese  
 necessarie per la manutenzione. Il donatario non ha fat-  
 to nulla, in modo che la cosa è perita per sua colpa.  
 Certamente il donatario non può fare la collazione  
 in natura, perché l'oggetto non esiste. Ma sarà egli  
 dispensato dalla collazione? No, perché vi sarebbe lesio-  
 ne del diritto degli altri coeredi. Perciò non potendo  
 la collazione avvenire in natura è necessario che  
 la cosa sia conferita per imputazione. La legge  
 non dice ciò espressamente, ma questo risulta indiret-  
 tamente dall'art° 1012 in cui si dice che se l'im-  
 mobile è perito per caso fortuito, non c'è l'obbligo  
 della collazione; dunque, s'argomenta, se non è pe-  
 rito per caso fortuito, ma per colpa c'è l'obbligo del-  
 la collazione; e siccome la collazione non può avve-  
 nire in natura, perché è impossibile, resta l'obblì-  
 go della collazione per imputazione. Riguardo a  
 quest'art° 1012 nasce un'altra questione: perché il  
 donatario sia del tutto esente dalla collazione a cau-  
 sa del perimento totale della cosa, quando dev'essere  
 avvenuto il caso fortuito, dev'essere avvenuto, prima



che egli abbia alienato, cioè quando possedeva la cosa: il caso fortuito dispensa dalla collazione anche se avvenuto dopo la alienazione? Se il caso fortuito è avvenuto quando il donatario era possessore della cosa donata, si capisce che egli sia dispensato dall'obbligo di conferire; ma il dubbio potrebbe nascere quando il caso fortuito segua dopo che il donatario ha alienato l'immobile. A prima vista parrebbe che in questo secondo caso il donatario fosse tenuto alla collazione, specie se abbia alienato a titolo oneroso, e quindi di abbia avuto il corrispettivo. Che importa se l'immobile sia dopo perito per caso fortuito? Siccome il principio generale è che il caso colpisce il proprietario, questo caso ha colpito disgraziatamente chi ha comprato la cosa: invece il donatario non ha ricevuto alcun danno. Se dunque, nonostante il caso fortuito, dalla vendita ha ricevuto un vantaggio, ed ha tratto così dalla donazione tutto il lucro di cui era capace, parrebbe che dovesse conferire il valore della cosa, perché è perita sì per caso fortuito, ma ad esclusivo danno di un terzo. Pure la dottrina, seguendo il Pothier, ritiene che se anche il caso fortuito sia avvenuto dopo l'alienazione fatta dal donatario, costui non è tenuto alla collazione; perché si dice il caso fortuito è un fatto tale che avrebbe distrutta la cosa presso chiunque si fosse trovata. Anche se la cosa si fosse trovata nelle mani dell'antico proprietario, e non fosse stata oggetto di donazione, l'erede in forza del caso fortuito non avrebbe trovato questa cosa nel patrimonio ereditario. La collazione ha lo scopo di reintegrare il patrimonio ereditario in quello stato in cui si sarebbe trovato se la donazione non fosse avvenuta, né più né meno; quindi se nonostante il caso fortuito, dovesse aver luogo la collazione,



questa farebbe conseguire ai coeredi diversi dal donatario un valore che non si sarebbe trovato nel patrimonio del defunto, ove la donazione non fosse seguita, il che è contrario al fine della collazione. Perciò se il donatario ha tratto vantaggio prima che fosse avvenuto il caso fortuito, questo vantaggio deve iscriverlo a sua buona fortuna, è vantaggio occasionato dalla donazione, non già causato.

Quali sono i criterî per valutare la cosa donata? Rispetto agli immobili della cui collazione ci occupiamo, (sebbene la legge non l'usi) la formola che si può adoperare per indicare il criterio da seguire, è la stessa che abbiamo vista adoperata dalla legge a proposito della riduzione delle donazioni.

Deve tenersi conto dello stato dell'immobile al tempo della donazione e del valore di esso, secondo quello stato, al tempo dell'apertura della successione, cioè bisogna tenere presenti due elementi, quale era lo stato dell'immobile al tempo della donazione, e quale è il valore al tempo della successione dello stesso immobile se avesse conservato lo stato che aveva al tempo in cui fu donato. Cosicchè non si tiene conto di tutti i miglioramenti o deterioramenti che fossero avvenuti medio tempore. Se il donatario, dopo la donazione fatta, ha speso dei capitali enormi per migliorare il fondo, in modo che il fondo si trova cresciuto in valore al tempo della successione, deve conferirsi forse l'immobile avuto riguardo allo stato ed al valore attuale? No. Bisogna dedurre tutti i miglioramenti che ha fatto il donatario ed a lui si debbono pagare non solo tutte le spese necessarie fatte per la conservazione della cosa, ma anche le spese utili, nella misura



di cui parla il Codice Civile, cioè nella misura minore tra lo speso ed il migliorato, perchè se altrimenti fosse, i coeredi verrebbero a trarre un ingiusto vantaggio economico. D'altra parte se il coerede donatario abbia fatto dei deterioramenti, abbia trascurato le riparazioni occorrenti alla cosa, abbia fatto prescrivere un diritto di servitù, ecc.; in tutti questi casi lo stato della cosa qual'era al tempo della donazione si trova deteriorato al tempo della successione, ma di questo deterioramento non bisogna tener conto per calcolare il valore dell'immobile: il donatario farà l'imputazione addebitandosi il valore monchevole per il deterioramento. (articoli 1019, e 1020)

Questo criterio si segue in tutti i casi, tanto se la collazione avvenga in natura, quanto se per imputazione. Solo si attua diversamente; perchè se si conferisce in natura l'immobile avuto in donazione, è evidente che non si possono staccare materialmente i miglioramenti; nella massa ereditaria andrà il fondo così com'è migliorato, e gli altri coeredi debbono rimborsare il coerede donatario delle spese necessarie fatte, delle spese per i miglioramenti. Se invece il fondo trovasi deteriorato, i coeredi debbono prenderlo così come si trova, ma il coerede che ha fatto la collazione in natura deve sborsare tanto denaro quanto rappresenta il valore del deterioramento. Al contrario, se la collazione si fa per imputazione, non c'è bisogno di sborsare del denaro da una parte o dall'altra; la imputazione si fa colla sottrazione. Il valore dell'immobile al tempo della successione è di lire 15 000. Di tali lire 15 000, 2 000 sono dovute a miglioramenti fatti dal donatario. È necessario forse in questo caso che i coeredi diano



2000 lire al donatario? No, il donatario invece d'imputare nella sua quota lire 15000, imputa solo lire 13000. Viceversa, se avuto riguardo allo stato della cosa al tempo della donazione e al valore al tempo della successione, la cosa dovrebbe valere lire 15000, mentre per i deterioramenti avvenuti per colpa del donatario vale lire 13000, significa che il donatario deve dare qualche cosa agli altri coeredi? No, invece di imputare il valore attuale effettivo, cioè lire 13000, imputa lire 15000, o, in altre parole, sottrae lire 15000 invece di lire 13000. Questo stesso criterio, dice la legge, si applica anche nel caso che un fondo sia stato alienato. Quando un fondo è alienato, il donatario come può conferire? Per imputazione, che è l'unico modo permesso. In questo caso, dice la legge, si tien conto dei miglioramenti e dei deterioramenti fatti dall'estranee, dal terzo (art. 1021). In che modo? Nel modo che ho detto. Se il fondo è stato migliorato dal terzo, dimo-  
do che al tempo della successione, questo fondo invece di valere lire 15000, quale sarebbe il suo valore avuto riguardo al suo stato al tempo della donazione, vale lire 20000, come deve calcolare il donatario questo fondo? Deve calcolarlo per lire 15000 e non deve tener conto dei miglioramenti fatti dal terzo. Invece se il terzo abbia fatto deteriorare il fondo, il quale sarebbe valso lire 20000, mentre ora vale lire 15000, che cosa deve imputare il donatario nella sua quota? Lire 20000. E' così come si attua questo stesso criterio. Anche nel caso che i deterioramenti o i miglioramenti siano avvenuti per il fatto del terzo, ciò poco importa, non si guarda chi ha fatto i deterioramenti o i miglioramenti, si guarda allo stato ef-



gettivo della cosa e si paragona lo stato attuale collo stato primitivo del fondo. Se si trova una differenza in meglio o in peggio, non si deve tener conto. Questo è il concetto della legge espresso in diversi articoli e precisamente negli articoli 1017, 1018, 1019, 1020, 1021. Tutti questi articoli il legislatore poteva risparmiarseli, se avesse usata la stessa formula adoperata per la riduzione, cioè si calcola il valore della cosa donata avuto riguardo allo stato della cosa al tempo della donazione e al valore al tempo della successione.

A questo proposito la legge aggiunge un altro articolo, veramente poco intellegibile. Quando si tratta dei modi di conferire, la legge dice nell'art. 1022 « se la donazione ad un discendente successibile con dispensa della collazione è di un immobile ed eccede la quota disponibile, il donatario deve conferire lo immobile in natura, o può ritenerlo per intero secondo le regole stabilite nell'art. 826 ».

In quest'art. 826 si stabilisce che, ove l'immobile donato sia di tale valore che ecceda il quarto della porzione disponibile, il donatario deve lasciare l'immobile; ove non vi sia questo eccesso può ritenere l'immobile e pagare il dipiù agli altri eredi. Ora si domanda: che s'entra quest'articolo colla collazione? La legge stessa nell'articolo 122 fa l'ipotesi di una donazione con dispensa di collazione; che cosa quindi si deve conferire? Niente. Invece non sono i principii della collazione che si applicano in questo caso, sono i principii della riduzione. Se l'immobile donato con dispensa di collazione supera la quota disponibile, quale istituto bisogna applicare? L'istituto della riduzione. Infatti l'art. 826 si ri-



ferisce alla riduzione. Questo è uno dei tanti errori che si trovano nel titolo della collazione, errore dovuto alla confusione tra riduzione e collazione.

Finora abbiamo parlato della collazione d'immobili; ma anche le cose mobili debbono essere conferite. Per gli immobili il donatario può scegliere di conferirli o in natura o per imputazione; per i mobili il coadiutore ha seguito tutt'altro criterio, in quanto debbono sempre conferirsi per imputazione, cioè prendendo meno di quello che spetterebbe. Perché? Le ragioni vere non sono troppo chiare. La ragione migliore è questa: i mobili in generale sono soggetti facilmente a deterioramento; di più questo deterioramento non si può vedere se dipende da colpa del proprietario, oppure naturalmente dall'uso che se ne fa, giacché i mobili sono cose che per se stesse sono destinate a consumarsi per forza dell'uso; onde non potendosi discernere il deterioramento dipendente dall'uso da quello dipendente dall'abuso, la legge ha risolto la questione dicendo che i mobili debbono conferirsi per imputazione, perché conferendosi in natura i coeredi riceverebbero meno (art. 1024). Per valutare i mobili si hanno due criteri, o si guarda la stima ammessa all'atto di donazione, oppure se non c'è, si fa la stima di periti. (art. 1024) in altri termini vale anche qui la stessa regola posta per la riduzione. Le cose mobili donate si valutano secondo lo stato e il valore al tempo della donazione. Ma qui sorge una difficoltà: come va che



la legge prevede la donazione di mobili fatta senza stima, dal momento che l'art° 1070 del codice dice che la stima è condizione essenziale per la validità della donazione? Prima di tutto si possono dare benissimo delle donazioni manuali; mentre la stima dei mobili è condizione di validità, quando la donazione è fatta per atto solenne e per le donazioni manuali è impossibile poter trovare la stima, quindi la necessità di ricorrere alla perizia. Ma c'è inoltre una risposta più soddisfacente; ed è che la legge quando parla di collazione non si occupa se la donazione sia valida o nulla giacché tutte le donazioni, ancorché nulle, se siano state effettivamente eseguite sono oggetto di collazione. Se la legge prevede l'ipotesi della donazione fatta senza stima, che per se sarebbe nulla poco importa, perché i coeredi possono e vogliono e credono opportuno nel loro interesse, intentare azione di nullità della donazione, ma se non trovano ciò conveniente, possono sempre obbligare il donatario a conferire la cosa ricevuta. Ecco come si spiega il fatto che la legge prevede l'ipotesi di donazioni senza stima, in quanto può trattarsi o di donazioni manuali o anche di donazioni per atto scritto che siano nulle, perché ciò per gli effetti della collazione poco importa. Che cosa dovrà dirsi se la cosa mobile donata sia perita per caso fortuito? Ci sarà o no l'obbligo della collazione? L'obbligo della collazione c'è sempre, ancorché la cosa sia perita per caso fortuito, e ciò si desume dalla lettera della legge, la quale esenta da colla-



nione le donazioni quando si tratta d'immobili periti  
per caso fortuito e non già quando si tratta di mobili.  
Si desume anche dai principi generali intorno alle ob-  
bligazioni. Dal momento che la legge dice che le cose  
mobili donate debbono essere conferite per imputazione  
e debbono essere conferite avuto riguardo allo stato ed al  
valore che avevano al tempo della donazione, ne discende  
che fin dal momento in cui una persona ha ricevu-  
to una cosa mobile, ha solo l'obbligo di conferire nel-  
la futura massa ereditaria una somma di denaro. Ora  
è principio generale in materia di obbligazioni che han-  
no per oggetto una somma di denaro, che non si può  
essere estinzione per caso fortuito, perché non c'è mai  
l'impossibilità obiettiva di pagare una somma di de-  
naro, che non si può essere estinzione per caso fortuito,  
perché non c'è mai l'impossibilità obiettiva di paga-  
re una somma (*genus nunquam perit*). Anche se  
la cosa mobile sia perita dopo per caso fortuito, sicco-  
me il caso fortuito non tocca l'oggetto dell'obbligazione,  
che non è cosa mobile ma una somma di denaro, è esi-  
dente che il caso fortuito non influisce per nulla a libera-  
re l'erede dalla collazione. Il contrario s'avvera invece  
quando almeno è donatario di una cosa immobile;  
fin dal momento della donazione nasce, sebbene in  
maniera condizionata l'obbligazione di conferire l'im-  
mobile in natura; e solo in via facoltativa si può sostitui-  
re il valore alla cosa in natura. Onde applicando  
il principio che regola le obbligazioni facoltative, perché



obbligo principale del coerede è di conferire l'immobile in natura, soltanto ha facoltà di sostituire il valore alla cosa in natura, ne deriva che perito l'oggetto d'obbligazione del conferimento, cioè l'immobile, è liberato dalla obbligazione e quindi non è tenuto a pagarne il valore. Ecco come si spiega la differenza tra mobili ed immobili rispetto alla collazione.

Che si dovrà dire dei crediti? Qui si presentano delle questioni molto ardue. Mettiamo che un discendente abbia ricevuto in donazione un credito verso terzi. Questo credito al tempo della successione è inesigibile. Che cosa deve conferire il donatario? I giuristi, ossequenti alle disposizioni letterali della legge, dicono che si deve conferire tutto lo ammontare del credito, e poco importa che questo non sia esigibile al tempo della successione. Costoro dicono, il donatario deve conferire la cosa mobile donata avuto riguardo allo stato e al valore che aveva al tempo della donazione; quindi se al tempo della donazione il credito era esigibile, bisogna imputare l'intero valore da esso rappresentato, perché anche il credito è cosa mobile. Cosicché il donatario d'un credito si trova costretto a calcolare come ricevuta una somma che è certo di non potere esigere. Non è plausibile questa decisione? Il me pare contraria non solo ai principi di equità, ma agli stessi principi positivi della collazione. Se la collazione ha lo scopo di reintegrare il patrimonio del defunto come si sarebbe trovato se la donazione non avesse avuto luogo; in caso di donazione di crediti che poi diventano inesigibili, la collazione eccede il suo



scopo. Infatti è chiaro che i crediti sarebbero stati inesigibili anche se la donazione non avesse avuto luogo, onde i coeredi discendenti avrebbero trovato nel patrimonio del defunto una semplice azione che sperimentata non avrebbe condotto a buoni risultati. Perché, avvenuta la donazione essi dovranno avere un profitto che altrimenti non avrebbero conseguito? E poi da notare che c'è una gran differenza tra il codice francese e il nostro, e quindi non si può ciecamente seguire l'opinione contraria prevalente nella dottrina francese. Il codice francese parla di effetti mobiliari, invece la parola mobili è sostituita nel nostro codice, per se stessa non comprende i crediti (art. 422 cod. civ.). Questa è la prima ragione per escludere i crediti dalla disposizione dell'art. 1024. La seconda ragione è che i mobili che si debbono imputare sono quelli, come dice la legge stessa, che permettono una possibile stima al tempo della donazione, tanto è vero che la legge dice che bisogna guardare alla stima successa all'atto della donazione ed in mancanza bisogna giudicare per mezzo di periti. Ora i crediti sono forse cose mobili per la cui donazione è richiesta la stima? La legge richiede la stima solo per la donazione di cose mobili corporali. Ecco come in base al principio generale e ad argomenti dalla stessa lettera della legge noi crediamo, contrariamente all'opinione dominante, che i crediti non siano cose che debbano conferirsi necessariamente per imputazione, ma che si possa ad essi applicare il principio generale sancito dal nostro codice, che il donatario ha facoltà di conferire la cosa in natura o per



imputazione. Se il credito è esatto, il donatario naturalmente dovrà conferire per imputazione, giacché così il credito è estinto; ma se il credito non è esatto, sia o no inesigibile, e quindi ancora sussiste in natura, il donatario potrà conferirlo in natura: cioè conferire il semplice nomen ossia l'azione. Come si fa finalmente la collazione del denaro donato? Per principio generale, il denaro come cosa mobile deve conferirsi per imputazione, cioè il donatario di una somma di denaro deve prendere dal denaro ereditario tanto di meno per quanto ne ha ricevuto. Supponiamo che nella massa vi sia il contante di £10.000 e che uno dei due coeredi abbia ricevuto £5.000. Può questo coerede dividersi coll'altro le £5.000 rimanenti? No; in questo caso avendo avuto £5.000, cioè una somma uguale a quella che gli sarebbe spettata ove la donazione non avesse avuto luogo non può pretendere nulla. Questo è applicazione di principio generale. Dove però appare la specialità della collazione in denaro è in una altra ipotesi fatta dalla legge nell'art 1025 capoverso. Quel capoverso non si capisce bene. Che vuol dire che il donatario di una somma di denaro può esimersi dal conferire altro denaro, cedendo sino alla concorrente quantità l'equivalente in immobili o mobili ereditari? Per dare interpretazione logica a questo capoverso, bisogna pensare che la legge contrariamente al principio generale che non è possibile la collazione in natura dei beni mobili, ammette la possibilità della collazione in natura del denaro. Così che la legge intende dire che se il denaro ereditario non basta per attuare la collazione per imputazione; allora contra-



riamente ai principi generali, si dà facoltà all'erede donatario di conferire nella massa una somma di denaro eguale a quella ricevuta; ma se l'erede non vuol fare questo, nessuno può costringerlo, ed allora che diritto hanno gli altri coeredi? Il diritto che deriva dal principio generale sancito nell'art. 292 ossia di prelevare dalla massa ereditaria, prima beni mobili e poi beni immobili, per un valore eguale al denaro donato. Sicché l'anomalia si riduce a questo: il donatario invece dell'imputazione può fare la collazione del denaro in natura. La legge invece colle parole usate farebbe credere che si fa concessione speciale al donatario di essersi dal conferire denaro in natura, mentre questo è appunto un diritto derivante dai principi generali. Ecco la prima causa di oscurità nell'articolo. L'altra causa d'oscurità si trova nelle parole: «cedendo mobili o immobili ereditari» quasi che il donatario avesse facoltà di fare una *datio in solutum*; invece è obbligato a cui deve sottostare, per principio generale che regola la collazione per imputazione, e non si tratta già di cessione, ma di prelevamento.

---



## LEZIONE XXXII<sup>a</sup>

### Sommario

La collazione dei debiti.

La divisione: diritto di domandarla. Casi in cui questo diritto è sospeso. Casi in cui il diritto è perduto. Capacità occorrente per la divisione. Le varie specie di divisione. La divisione giudiziale, e le varie operazioni ad essa relative. I diritti dei creditori e dei cessionari dei coeredi rispetto alla divisione.

Oltre la collazione vera e propria di cui abbiamo parlato, vi è la collazione delle donazioni, e c'è la collazione dei debiti. Il nostro codice non ne parla sotto la rubrica della collazione, ma ne parla incidentalmente quando tratta della divisione nell'art. 934.

Che cosa è questa collazione di debiti? Apparentemente si potrebbe credere che sia la stessa cosa della collazione di cui s'è parlato, invece è cosa differente. Secondo alcuni giuristi, specialmente francesi, sarebbe l'applicazione dei principii generali della collazione. La collazione dei debiti sarebbe per presupposto questo, cioè, che i crediti del defunto verso l'erede si dovrebbero presumere come donazioni larvate. Invece può non essere così. Benissimo una persona può aver dato una somma di denaro in prestito a chi poi è diventato suo erede. Non c'era alcuna intenzione di donare né per via indiretta, né per via simulata, pure il debito dell'erede dev'essere sottoposto a collazione an-



corché, si provi che sia un debito vero e proprio. Non bisogna confondere il caso di debiti che abbia l'erede verso il defunto con quello previsto dall'art. 1007, in cui si dice che è soggetto a collazione ciò che il defunto ha speso per pagare i debiti dei discendenti. Il pagamento che il defunto faccia dei debiti dei suoi discendenti, è una donazione indiretta; ma se il defunto ha credito al futuro erede, questo non è per sé una donazione indiretta, né si può senz'altro presumere che sia donazione mascherata.

Posto ciò, la collazione dei debiti ha indole diversa da quella della collazione vera e propria. Mentre la collazione vera e propria ha lo scopo di reintegrare il patrimonio ereditario come sarebbe stato se la donazione non fosse avvenuta, invece lo scopo della collazione dei debiti è di ripartire soltanto in certo modo l'attivo ereditario. Adduciamo degli esempi per fare meglio capire la cosa. Vinio ha lasciato un patrimonio di £ 50.000 ed un credito di £ 10.000 verso uno dei coeredi. Questo coerede che ha avuto £ 10.000, se non dovesse conferire il debito a che avrebbe diritto? Alla metà del patrimonio ereditario; £ 25.000 spetterebbero ad uno e 25.000 spetterebbero all'altro coerede. Che cosa succederebbe dei crediti? I crediti per principio generale dovrebbero dividersi tra i due coeredi, e la divisione dei crediti importerebbe che quello dei coeredi che ha ricevuto già a titolo di credito £ 10.000, mentre per £ 5.000 metà del credito non avrebbe diritto di pretendere nulla perché essendone egli nel tempo stesso debitore, il credito si estinguerebbe per confusione, dovrebbe dare le altre 5.000 lire al



erede. Ora se non avvenisse la collazione dei debiti, un coerede avrebbe £25.000 ed avrebbe avuto anticipatamente £5.000, l'altro coerede avrebbe £15.000 e dovrebbe seguire l'altro che segue ogni creditore che ha un credito, dovrebbe restituire le somme che gli spettano per avere le £5.000. Così si nasce una certa disuguaglianza tra l'erede che ha avuto una somma di denaro a titolo di credito, e l'erede che niente ha avuto. Per levare la disuguaglianza, per fare che i due eredi ricevano effettivamente una eguale quantità di denaro come di beni ereditari, la legge dice che l'erede che ha un debito verso il defunto deve conferirlo, il che significa che o deve dare all'altro coerede una somma in denaro corrispondente a quella da lui dovuta, oppure imputarla nella quota tale somma, prendendo tanto di meno del denaro ereditario. Qui non si tratta, come si vede chiaro, di reintegrare il patrimonio ereditario, di aumentare ciò che il defunto effettivamente lascia aggiungendovi qualche altra cosa; perchè il defunto lascia nel suo attivo ereditario oltre i beni anche i debiti. La collazione ha solo per scopo di far compiere la divisione in un modo piuttosto che in un altro. È evidente così la differenza tra collazione di debiti e collazione di donazioni. La differenza inoltre risulterà più spiccata da questo che, mentre la collazione delle donazioni è dovuta solo dal discendente agli altri discendenti invece, data l'assunzione delle parole usate dallo art. 991, la collazione di debiti è dovuta da qualsiasi erede, anche se erede estraneo, anche se i coeredi non





abbiamo la qualità di discendenti. È evidente in tal modo come la collazione dei debiti somigli alla collazione delle donazioni, solo in quanto all'effetto pratico che è quello di riunire alla massa ereditaria e di ripartire la somma data a titolo di credito e non già in quanto allo scopo e in quanto alle persone che vi sono tenute.

Ed ora passiamo all'argomento della divisione dell'eredità. Quanto più sono i coeredi, nasce uno stato di comunione, tutti sono comproprietari dei beni ereditari; essi hanno diritto ad una quota, ma questa quota resta allo stato ideale. Quindi tutte le regole che si applicano alla comunione dei beni in generale, s'applicano alla comunione che nasce dall'eredità. Anzi a questo proposito osservano molti autori che il codice ha fatto male a parlare della divisione sotto il titolo della successione, poteva parlarne più appropriatamente sotto il titolo della comunione dei beni, perché le regole della divisione si applicano in ogni caso di comunione. Il principio generale è che quando vi è lo stato di comunione ciascun comunista, e nella nostra ipotesi, ciascun coerede può domandare la divisione; perché la comunione è fonte di discordie, presenta molti inconvenienti, la legge pone come principio d'ordine pubblico che ciascuno dei vari coeredi può domandare la divisione (art. 984).

A questo principio d'ordine generale vi sono delle eccezioni, delle quali una è ricordata dal codice sotto il titolo della comunione, l'altra sotto il titolo della divisione.



ne. Annullutto gli stessi coeredi possono tra loro convenire di restare un certo tempo in comunione, e ciò anche riguardo all'interesse che può presentare la comunione. Però questa convenzione non può essere fatta che per la durata di dieci anni, e sicché se è fatta per un tempo maggiore, non è nulla, ma è riducibile a dieci anni. Questa convenzione dopo scaduto il termine può essere rinnovata (art. 681 C.C.). Ciò che è notevole a questo proposito è la questione agitata se, ove vi sia questa convenzione i creditori personali dell'erede siano obbligati a rispettare questo patto. Dovete sapere che principio anche generale del nostro codice è che quando i creditori vogliono espropriare i beni indivisi, prima di tutto debbono far procedere alla divisione; non possono se non sono creditori di tutti i comproprietari, di tutti i coeredi, ma di un solo, espropriare i beni indivisi (art. 2077). Posto che i comunisti abbiano fatto la convenzione di restare in comunione per dieci anni, in questo tempo i creditori personali di uno di essi possono domandare la divisione nonostante la convenzione? Alcuni hanno detto: non possono, perché il vincolo che lega i coeredi obbliga i creditori, i quali non hanno diritti maggiori di quelli che hanno i loro debitori, e quindi restano vincolati. Altri hanno distinto i creditori anteriori alla convenzione, i quali non sarebbero vincolati, ed i creditori posteriori che sarebbero vincolati. Altri finalmente ritengono che i creditori non sono mai vincolati. Questa è l'opinione migliore, perché l'obbligo tra i vari coeredi è



personale l'obbligo di restare in comunione non costituisce  
 un vincolo reale sui beni, e resta saldo il principio  
 che i beni dei debitori sono la comune garanzia dei cre-  
 ditori. Invece se ammettiamo che obbliga anche i credito-  
 ri, costoro rimarrebbero per un certo tempo senza garanzia  
 efficace perchè dovrebbero aspettare il beneplacito dei debi-  
 tori per agire sui loro beni. Sicchè, secondo noi il caso del-  
 l'esistenza di creditori che vogliono procedere all'espropria-  
 zione dei beni indivisi può riguardarsi compreso nell'i-  
 potesi generale prevista nell'ultimo capoverso dell'art. 681,  
 in cui è stabilito che l'autorità giudiziaria, ove gravi  
 ed urgenti circostanze lo richiedano può ordinare lo sci-  
 oglimento della comunione anche prima del tempo con-  
 venuto tra le parti. Un'altra eccezione al principio  
 della libertà di chiedere la divisione è posta nell'art.  
 984. Su esso pur essendoci detto che il diritto a domanda-  
 re la divisione non può essere tolto o menomato dalle  
 disposizioni testamentarie, si fa un'eccezione quando tra  
 i vari coeredi vi siano uno o più minori d'età; nel qual  
 caso il testatore ha diritto di proibire la divisione fino  
 a che non sia passato un anno dal raggiungimento  
 della maggiore età dell'ultimo dei minori. La legge ha  
 fatto ciò per ragioni d'ordine pratico. Infatti nella divi-  
 sione, ove vi siano minori, c'è bisogno d'osservare certe  
 formalità, c'è bisogno d'avere certe autorizzazioni spe-  
 ciali, ed è perciò che la legge concede al testatore il di-  
 ritto d'impedire la divisione fino a che non sia svi-  
 nato alla maggiore età l'ultimo coerede, anzi finchè



non sia scorso un anno dalla maggiore età. Il termine di un anno è per dar tempo al minore di provvedere ai fatti suoi, e di riflettere se gli converga o no la divisione. Non ostante però questa proibizione, se vi siano circostanze gravi ed urgenti, ciascuno dei coeredi può domandare al Tribunale la dispensa del divieto del testatore, e quindi si può passare alla divisione, nonostante il divieto. Il diritto a domandare la divisione in questi due casi accennati è semplicemente sospeso, ma non è perduto. Ci sono poi dei casi in cui il diritto a domandare la divisione è perduto assolutamente. Ommettuto abbiamo il caso in cui la divisione sia già avvenuta in un modo qualsiasi. Basta provare che la divisione è stata fatta ancorché materialmente la comunione sia continuata perché non ci sia più diritto a fare la divisione.

Un altro caso più importante è quello in cui i vari coeredi o alcuno di essi abbiano avuto il godimento separato dei beni ereditari. Si domanda: il semplice fatto del godimento separato costituisce ostacolo a chiedere la divisione? Gli antichi interpreti del D. Romano ritenevano che bastasse il godimento separato dei beni ereditari provato per dieci anni, perché questo fatto facesse presumere avvenuta la divisione. Il nostro codice invece seguendo l'opinione del Pothier ha rigettato la presunzione; non basta il semplice fatto del godimento separato dei beni, perché questo non implica divisione riguardo al diritto di proprietà, è una divisione che riguarda



da il solo godimento, e l'amministrazione; sicché non può ostacolare il diritto alla divisione, che concerne la stessa proprietà di beni. Ma se questo godimento separato si ebbe da uno o da alcuni dei coeredi, in modo da costituire un possesso efficace ad indurre la prescrizione, allora, dice la legge, questo godimento separato importando usucapione impedisce il diritto di demandare la divisione (art. 935). Che vuol dire questa frase: possesso sufficiente ad indurre la prescrizione? Deve esserci un possesso il quale può fare ritenere che ci sia stata la prescrizione, cioè un possesso legittimo, ed un possesso protratto per un certo tempo, per trenta anni. Il possesso deve essere legittimo. Non qualsiasi possesso o godimento separato dei beni ereditari, può importare prescrizione. Se così fosse, l'ultima parte dell'articolo distruggerebbe la parte precedente. Quando alcuno dei coeredi gode separatamente alcuni o tutti i beni ereditari, questo godimento separato che pur costituisce possesso, non è sempre possesso legittimo. Perché? Perché manca un requisito del possesso legittimo cioè non equivoca. Il possesso anche separato di un comunista di tutti i beni ereditari, ancorché sia possesso pacifico, pubblico, continuo, non interrotto, coll'animo di tenere la cosa come propria, pure è possesso equivoco per la qualità stessa di colui che possiede. Chi possiede è comproprietario appunto per questa qualità i suoi atti sono equivoci, cioè si prestano a dubbia interpretazione; gli atti di possesso che compie si possono interpretare come com-



più animo rem sibi habendi e si possono interpretare come atti compiuti non solo nell'interesse proprio, ma nell'interesse di tutti gli altri comunisti. Dunque c'è il vizio che si dice equivoco. Per avervi un possesso sufficiente ad indurre alla prescrizione si richiede perciò un possesso tale che non sia equivoco. In che modo può essere eliminata la equivocità? Ricordo che vi sono stati alcuni autori i quali hanno sostenuto che per avervi il possesso sufficiente a indurre la prescrizione, il comunista debba avere fatto atti di opposizione formale agli altri comunisti, agli altri coeredi, cioè che il coerede, in altre parole, abbia compiuto degli atti d'interversio possessionis. Se questi atti non li abbia compiuti, si reputa sempre possessore equivoco. Quest'opinione però è stata giustamente rigettata dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, perché si basava sulla confusione tra possesso equivoco e possesso precario. Altro è possesso equivoco, altro è possesso precario. Possessore precario è colui che possiede in forma di un titolo, il quale implica riconoscimento del diritto altrui, e quindi possesso in nome altrui; invece il possesso equivoco può essere possesso in nome proprio, può essere possesso di persona la quale non riconosce diritto di nessuno, soltanto gli atti di possesso o per loro natura o per la qualità di chi li compie fanno sorgere il dubbio intorno all'animo possidendi. Ora l'interversio possessionis è necessaria per eliminare il titolo che importa precarietà; invece quando si tratta di possesso equivoco



non occorre punto la intervenso possessionis perchè non si tratta di distruggere il vinco di precarietà; ma basta qualsiasi fatto, qualsiasi circostanza la quale venga a togliere il dubbio che prima esisteva. Quindi distinguendo esattamente il possesso precario dal possesso equivoco, dobbiamo dire che se il coerede che ha il godimento separato dei beni ereditari abbia fatto atti tali da escludere il dubbio che siano compiuti nell'interesse degli altri coeredi, si deve ritenere che abbia posseduto legittimamente. Questa prova può farsi con qualsiasi mezzo, non c'è un mezzo tassativo prescritto dalla legge. In secondo luogo è necessario che sia un possesso trentennale. Si è domandato, perchè non potrebbe essere decennale, ove ci fosse la buona fede? Vinco possiede i beni ereditari da solo, tutti lui, perchè non sa che ci siano altri coeredi. Non sapendo dell'esistenza degli altri coeredi, può invocare la prescrizione decennale? Mettiamo che dopo dieci anni si facciano conoscere gli altri coeredi, i quali domandano la divisione. Può quegli che ha posseduto per se solo i beni ereditari in modo non equivoco, invocare la buona fede, in quanto ignorava che altri coeredi esistessero, e quindi la prescrizione decennale? Non può, perchè bisogna sempre ricordarsi del concetto tecnico di possesso di buona fede. Per possesso di buona fede non s'intende possesso col semplice credere di avere diritto di possedere; no, non basta questa semplice credenza subiettiva, ma questa dev'essere fondata su elementi obiettivi, su un fatto



lo abile a trasferire la proprietà di cui s'ignorano i  
 titolari. Ma quando almeno è erede e possiede i beni eredi-  
 tari non sapendo di altri coeredi, non ha alcun titolo  
 reale in suo favore su cui poggiare la sua creden-  
 za, quindi deve possedere per trenta trent'anni se vuol  
 usucapire. Sicché solo dopo scorsi i trent'anni di possesso  
 separato e non equivoco compie l'usucapione (1) Compiuta  
 l'usucapione, il diritto di divisione negli altri s'estingue.  
 Ma se non vi sia usucapione né vi sia divisione, l'a-  
 zione a domandare la divisione è un'azione impres-  
 crittibile, appunto perché non è altro che la manife-  
 stazione del diritto di comproprietà. Non basta che  
 siano scorsi 30, 40, 100 anni dal giorno in cui è aper-  
 ta la successione, perché si possa dire perduto il di-  
 ritto di domandare la divisione, se non c'è l'usuca-  
 pione da parte di altri; il semplice fatto di non avere  
 esercitato il diritto di domandare la divisione, non ne  
 importa l'estinzione; questo è un diritto che si dice  
 facoltà e che non si estingue se non quando si es-  
 tingue il diritto stesso di comproprietà, a cui essa è  
 inerente.

Quale capacità ci vuole per fare la divisione? La di-  
 visione, come vedremo a suo tempo, non è atto traslati-  
 vo di proprietà, è un atto dichiarativo; ma ciò non si-  
 gnifica che si possa equiparare ad un atto di sempli-  
 ce amministrazione. Anche essendo atto dichiarativo, im-

(1) L'usucapione decennale può esservi in favore del terzo che abbia ac-  
 quistato un fondo comune come se fosse stato esclusivo dell'alienante.



porta disposizione; perchè colla divisione può toccare una cosa piuttosto che un'altra, una cosa di pregio piuttosto che una cosa di poca entità; ed è perciò che la legge stessa richiede per la divisione in diversi punti la stessa capacità necessaria per gli atti di disposizione. Quindi se v'è un minore sottoposto alla patria potestà, occorre la rappresentanza del padre con l'autorizzazione del Tribunale (arg. art. 224); se v'è un minore sottoposto a tutela, oltre la rappresentanza del tutore ci vuole l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del Tribunale (art. 296 e 301); se v'è un interdetto, occorre lo stesso che per il minore sotto tutela; se è minore emancipato, occorre oltre l'assistenza del curatore l'autorizzazione del consiglio di famiglia e questa dev'essere omologata dal Tribunale (art. 319); se v'è un inhabilitato bisogna l'assistenza del curatore (art. 339). La legge vuole per la divisione la stessa capacità che richiede per gli atti eccedenti la semplice amministrazione.

Passiamo ora a vedere le varie specie di divisione. La divisione si distingue in varie specie, di cui non tutte sono importanti. Innanzitutto si distingue una divisione provvisoria da una definitiva. La provvisoria non ha importanza, è atto d'amministrazione e consiste nell'assegnare a ciascuno dei vari coeredi il godimento di una parte di beni, ma dura ancora lo stato di comunione della proprietà, la proprietà è indivisa, e solo per facilitare l'amministrazione dei beni se ne assegna



a ciascuno una parte in godimento. Questa non è vera divisione, è atto d'amministrazione. La vera divisione è definitiva, ed essa può essere parziale o totale, secondo che riguarda alcuni oggetti caduti in comunione o pure tutti gli oggetti. Per divisione parziale perciò non bisogna intendere quella che abbia luogo solo tra alcuni coeredi; perchè se la divisione si fa solo tra alcuni dei vari coeredi, essa è nulla. Perchè è nulla? Perchè se i beni sono divisi tra alcuni dei coeredi e c'è un altro che vi ha il diritto di comproprietà, questo diritto non s'estingue, e quindi chi l'ha può sempre fare annullare la divisione eseguita senza di lui.

Altra distinzione più importante è quella di divisione amichevole e giudiziarla. La divisione amichevole è quella che si fa d'accordo tra i coeredi. La legge lascia piena libertà alle parti di convenire come vogliono la ripartizione dei beni ereditari, lascia ampia libertà di conchiudere il contratto in una forma piuttosto che in un'altra. Ancorchè la divisione abbia per oggetto beni immobili, non è sottoposta alla forma solenne dell'atto scritto; si può fare la divisione di beni immobili verbalmente. Certo, in questo caso, si capisce che fatta la divisione, ci sarà la difficoltà di provarla, perchè sappiamo che la prova testimoniale non può ammettersi per gli atti che eccedono il valore di £. 500. Però la divisione di immobili, del valore sia pure di un milione, anche se fatta verbalmente ha sempre esistenza giuridica e piena validità, appunto perchè non è atto traslativo, nè uno di quegli atti indicati nell'art. 1314, per quali si richiede l'atto



scritto.

Più importante è studiare le regole speciali che la legge stabilisce per la divisione giudiziarie. Come si fa la divisione giudiziale? Quando i vari coeredi non sono d'accordo, in quanto alcuni vogliono dividere, altri no, oppure tutti vogliono dividere, ma non si accordano sulle modalità, si ricorre al magistrato. Il magistrato competente per territorio è quello del luogo in cui s'è aperta la successione (art. 74 cod. proc. civ.); in quanto al valore valgono le regole comuni, cioè fino a L. 1500 è competente il pretore, al di là è competente il tribunale (art. 883 proc. civ.). L'azione di divisione non si deve confondere con l'atto comune dividendo. La differenza è spiccata nel Diritto romano; ma esiste anche oggi. Se si ha lo scopo di dividere un solo bene comune, allora si seguono le regole comuni intorno alla competenza, ossia è competente il magistrato del luogo in cui il bene si trova. Invece se si tratta di dividere tutta la eredità allora si ha l'*actio familiae erciscundae*, e si deve adire il magistrato del luogo dell'aperta successione, anche in quel luogo non si trovino i beni. Tranne questa, la legge non fa altra differenza. Il magistrato, trovato fondato il diritto dell'attore che vuole la divisione, emana la sentenza, con cui prescrive il modo e le forme con cui la divisione deve avvenire e delega il giudice o il notaio innanzi a cui si debbono fare le varie operazioni di divisione. Anzi tutto vi è la stima dei beni. I beni ereditari debbono stimarsi, ossia per potersi fare la divisione si deve calcolare il loro valore. Il codice non dice con qual criterio si deve fare la stima, se avuto riguardo al valore, al tempo della successione, oppure



il valore al tempo della divisione. Più giusto è che deve tenersi conto del valore al tempo della divisione, tutti gli aumenti o le diminuzioni avvenute medio tempore, vanno a vantaggio o a carico dei comproprietari, dei coeredi, dei comunisti. Ciò risulta indirettamente dall'art.º del codice che riguarda l'azione di rescissione (art.º 1041).

Dopo fatta la stima si deve passare alla vendita dei beni. Però quest'operazione non è sempre necessaria; è necessaria solo in alcuni casi. È necessaria per i beni mobili: 1º) quando alcuni dei creditori si oppongono alla divisione in natura, o li abbiano sequestrati; e 2º) quando la maggior parte dei coeredi ritiene necessaria la vendita di questi beni allo scopo di pagare i debiti ereditari. In questi casi si deve procedere alla vendita dei beni mobili (art.º 987). Si deve procedere anche alla vendita di beni immobili solo quando non siano commodamente divisibili o la loro divisione importerebbe un frazionamento tale da danneggiare tutti i coeredi (art.º 988).

Tanto nel caso di beni mobili che nel caso di beni immobili la vendita deve farsi per incanto giudiziale innanzi il tribunale. Anche se la procedura della divisione si esplica innanzi al pretore, ed innanzi al pretore si manifesta la necessità di vendere i beni immobili il pretore deve mandare le parti innanzi il tribunale. Dove però le parti siano di età maggiore e vi consentano, gl'incanti possono seguire anche innanzi un notaio eletto di comune accordo e anche tra i soli coeredenti (art.º 989). Quando è fatta la stima e la vendita



se è necessaria, allora le parti debbono presentarsi insieme al giudice delegato od al notaio per procedere alle ulteriori operazioni. Il codice di procedura civile descrive la forma dell'atto d'avviso. Che cosa si deve fare dinanzi il notaio? Bisogna fare i conti di ciò che ogni erede deve agli altri, fare la collazione sia delle donazioni che dei debiti e se il conferimento delle donazioni è fatto per imputazione si procede al prelevamento d'una eguale quantità di beni in vantaggio di coloro che niente ebbero in donazione (art. 990 a 992). Ciò che resta dopo questo prelevamento viene ad essere diviso. Fatte queste operazioni di rendimento di conti, di collazione, di prelevamento, si passa alla ripartizione della massa ereditaria e quindi alla cosiddetta formazione dei lotti. Come si debbono formare questi lotti? La legge si dà il criterio. I lotti debbono formarsi in modo tale che ciascuno d'essi contenga un'eguale quantità d'immobili, di mobili, di crediti e per quanto è possibile anche della stessa natura e dello stesso valore. Questa disposizione logica che per se stessa è giusta e conforme ai principi di equità, pure può produrre grandi inconvenienti. Infatti specialmente quando si tratta di piccola eredità il dover fare tanti lotti quanti sono i coeredi ed in ciascuno di questi lotti il dover mettere tanti beni immobili, mobili e crediti, importa il grave inconveniente del frazionamento o polverizzamento della proprietà. Se nell'eredità vi è un immobile il quale conservato ad una sola persona, avrebbe potuto fruttare grandemente,



quanto così avrebbe potuto servire per una data coltura, per un'industria, ecc; questo bene diviso e suddiviso in tante piccole parti tra i vari lotti, non servirà più allo scopo primitivo e viene a perdere gran parte o tutta la sua importanza. E' perciò che in Germania specialmente non si è seguito questo sistema perchè contrario agli interessi della popolazione agricola, contrario agli interessi dei poveri, e si è introdotto un altro sistema che tende ad evitare questo polverizzamento, cioè l'istituto dei beni di famiglia. Quando si tratta di beni di condomini destinati ad un dato uso agricolo, o di beni destinati ad un dato uso industriale, questi beni non debbono dividersi in tante parti quanti sono gli eredi, ma debbono assegnarsi solo al coerede il quale abbia la possibilità di continuare in quell'industria agricola e gli altri invece debbono avere un compenso in denaro. Anche l'Austria e la Spagna hanno seguito questo sistema. Ecco l'istituto dei beni di famiglia che in Italia non è stato attuato, ma che sarebbe desiderabile si attuasse per non produrre lo smembramento dei fondi. Questa regola che la legge dà di mettere nei vari lotti un'eguale quantità di beni mobili, immobili ed i crediti si deve applicare nei limiti del possibile, quando non è possibile dare un'eguale quantità di beni che riceve di più da un compenso in denaro agli altri. Trattati i lotti sia con l'eguaglianza in natura dei beni, sia col compenso (rifacimento o conguaglio), si fa il processo verbale di tutte queste imposizioni; processo verbale che dev'essere omologato dal sentenza del



tribunale (art. 893 proc. civ.) In questa sentenza di annullamento il tribunale dice il modo come si deve procedere all'assegnazione di questi lotti, se cioè bisogna seguire il sistema dell'estrazione per sorte o il sistema di attribuzione. Il sistema dell'estrazione a sorte è il sistema che si deve sempre tenere quando i parti coeredi siano in parti uguali; ciascuno ha un lotto che contiene beni in eguale quantità agli altri lotti. Quando i coeredi sono in parti disuguali, allora la divisione in tanti lotti quante sono le persone non raggiunge lo scopo, e non potendosi formare dei lotti eguali, qual'è il sistema da seguire in questo caso? Gli autori francesi proposero vari sistemi. Bisogna ridurre le varie frazioni rappresentanti le varie quote al comune denominatore, e dividere l'eredità in tanti lotti quanto è il numero che rappresenta il comune denominatore. Fatti questi lotti a ciascuno si dà un dato numero di lotti per raggiungere la quota spettantegli. Altri invece seguono altro sistema. Si dice, bisogna calcolare quanto è la parte eccedente che ha l'uno sugli altri e prelevare sulla massa ereditaria quest'eccedenza, ed il resto si divide. Il sistema migliore è quello dell'attribuzione, cioè si debbono fare tanti lotti disuguali quanti sono i coeredi e attribuire i lotti così formati in corrispondenza delle quote. La legge nostra ha seguito il sistema dell'attribuzione. Il magistrato in caso di coeredi a parti disuguali decide se bisogna procedere



alla divisione per estrazione o per attribuzione (art. 996). Quando il magistrato ha ordinato l' estrazione od attribuzione si ritorna un' altra volta dinanzi al notaio che procede all' estrazione o all' attribuzione e di ciò redige processo verbale che tien luogo di atto di divisione (art. 994 pr. civ.). La legge aggiunge che non tutte le cose si possono dividere come nel caso che vi siano documenti relativi all' eredità. Se i documenti si riferiscono ad un fondo singolo caduto in un solo lotto, si danno a colui a cui la cosa tocca. Se riguardano la proprietà ch' è stata suddivisa fra i vari coeredi, allora questi documenti bisogna darli a chi ha maggiore interesse nella proprietà divisa. I documenti comuni a tutta l' eredità si consegnano ad una determinata persona scelta da tutti gli eredi, o in caso di disaccordo dall' autorità giudiziaria (art. 999). Colui che è stato così designato ha l' obbligo di comunicare i documenti alle parti ogni qualvolta li richiedano.

Finalmente per completare quest' argomento dobbiamo dire brevemente due parole intorno ai diritti che hanno i creditori e dei cessionari dei vari coeredi, rispetto alla divisione (articolo 680). La legge fa l' ipotesi non solo che vi siano creditori dei vari comunisti, ma anche che qualcuno di essi abbia un cessionario. Ogni comunista, ogni comproprietario può prima della divisione cedere la sua quota di comproprietà in modo da sostituire un' altra persona a se stesso, nel diritto. Ora la legge stima che



sia grande l'interesse tanto del cessionario quanto del creditore di vigilare le operazioni della divisione, per che se un coerede venisse ad avere un lotto di valore inferiore agli altri, i cessionari e i creditori di questo coerede verrebbero a risentirne danno. I cessionari e i creditori quindi hanno diritto di vigilare alla formazione dei lotti per non essere defraudati, ed è perciò che la legge accorda loro tre facoltà: il diritto d'intervenire nelle operazioni, per vedere se si procede giustamente e questo diritto d'intervento si ha tanto nelle divisioni giudiziarie, che nelle amichevoli. Inoltre hanno il diritto di fare opposizione formale ai coeredi, che consiste in un atto di diffida per mezzo d'uscieri, qualora i coeredi procedono alla divisione senza loro intervento e senza avviso. Se ciò si verifica dopo l'opposizione la divisione potrà essere impugnata. È vero diritto: ove la divisione sia stata effettuata anche col loro intervento o anche senza atto di opposizione, i creditori hanno il diritto d'impugnare la divisione avvenuta in frode alle loro ragioni, mediante l'azione Pauliana. A proposito dell'esercizio di quest'azione si domanda: che cosa debbono provare i creditori? basta che provino la frode nel debitore o pure è necessario che provino anche la partecipazione nella frode da parte degli altri coeredi? È vero che la divisione non è vendita, non è permuta, ma è sempre atto da cui i vari partecipanti non ricavano alcun vantaggio a



-titolo lucrativo. La divisione è un atto a titolo oneroso in  
-senso negativo e quindi per esercitare l'azione Pauliana  
-bisogna provare la frode nel debitore e in tutti gli al-  
tri eredi.

---



## Lezione XXXIII<sup>a</sup>

### Sommario

L'indole dichiarativa della divisione. Effetti dell'indole dichiarativa. Se abbiano indole dichiarativa anche gli atti che tengono luogo della divisione vera e propria. Requisiti perché tali atti abbiano natura dichiarativa.

Nel Diritto romano la divisione era un atto traslativo di proprietà, era considerata quasi una permuta o una vendita, perché infatti ciascuno dei contraenti rinunziava il suo diritto di comproprietà su tutti i beni per acquistare un diritto esclusivo su alcuni beni: onde col la divisione muta il diritto, e muta l'oggetto del diritto; il diritto di comproprietà si muta in diritto di proprietà esclusiva: all'oggetto "beni comuni", s'attenta un altro "alcuni di quei beni".

Da questo concetto parecchi inconvenienti derivano. Mettiamo che durante la comunione uno dei coeredi o dei comproprietari, avesse concesso ipoteca su un bene qualsiasi; ancorché questo bene poi non fosse entrato nel lotto del debitore che aveva dato ipoteca, la conseguenza era che, siccome "res transit cum onere suo", la persona a cui era attribuito il fondo ipotecato doveva sopportare l'ipoteca.

Nel medio evo si seguì il diritto comune. Era solo in Francia che i giuristi si ribellarono al principio romano in parecchie circostanze e senza fare una legge.



ria generale. A proposito della ipoteca, si ritenne che quando avviene la divisione della cosa comune, l'ipoteca imposta da uno dei comproprietari non dovesse gravare sul fondo toccato a quello dei condividenti che non aveva dato l'ipoteca. Si manifestò la necessità di ribellarsi al principio romano anche rispetto al pagamento del relevio. Il signore che aveva concesso un feudo, ad ogni passaggio di proprietà aveva diritto al relevio, e questo avveniva anche in occasione della divisione. Allora i giuristi per esonerare dal pagare il diritto di relevio ammisero che la divisione dovesse essere considerata per questo effetto come atto dichiarativo, non già traslativo. Ancora quando si compie un atto traslativo si paga una tassa al Fisco. Per evitare questa tassa di passaggio si ritenne la divisione dichiarativa e non attributiva di proprietà. Insomma si cercò in diverse occasioni di evitare le conseguenze dannose che derivano dall'indole attributiva della divisione. I giuristi francesi così ritennero che la divisione dovesse considerarsi dichiarativa senza esprimere però questo concetto in termini generali. In base a questa evoluzione storica il codice Napoleonico ed il nostro dichiarano che la divisione ha efficacia retroattiva, cioè, avvenuta la divisione, ciascuno dei condividenti si reputa essere stato solo ed esclusivo proprietario dei beni toccati in sorte, come se mai lo stato di comunione non vi fosse stato (art. 1034). Così che mentre in realtà c'è stato un periodo di tempo in cui ogni coerede o ogni partecipante alla comunione ha avuto diritto su tutti i beni comuni e su qualsiasi parte avvenuta la divisione si reputa che questo periodo intermedio non vi sia mai stato e



che quindi ciascuno dei condividenti sia stato sempre, fin dal tempo della morte del defunto, o dall'origine della comunione unico ed esclusivo proprietario dei beni toccatigli in sorte. Però alcuni autori pur riconoscendo che l'art. 1034 attribuisce alla divisione efficacia retroattiva non importa già la natura dichiarativa della divisione. Guardando la cosa in se stessa, la divisione, dicono costoro, importa un mutamento nello stato della proprietà, chi era comproprietario di tutte le cose, diventa proprietario esclusivo di alcune cose. Ora questo mutamento non può considerarsi come una semplice dichiarazione di uno stato primordiale, perché lo stato susseguente alla divisione è uno stato diverso da quello anteriore.

Volere o no, nella divisione c'è sempre trasferimento di proprietà, e se la legge ha dichiarato che la divisione è retroattiva, ciò ha fatto solo per certi determinati effetti, solo per lo scopo di non fare gravare l'ipoteca sui fondi che non sono toccati a quel condividente che non la concesse; ma per tutti gli altri effetti la divisione deve reputarsi attributiva di proprietà.

Quindi per ciò che riguarda la forma dell'atto di divisione, per ciò che riguarda la trascrizione, ecc la divisione deve equipararsi ad un atto traslativo. Questa opinione è erronea perché restringe arbitrariamente la disposizione della legge.

Dal momento che questa riconosce alla divisione efficacia retroattiva, senza limitare i casi in cui questa efficacia retroattiva debba verificarsi, la conseguenza logica è che l'atto di divisione producendo efficacia retroattiva non può non avere inoltre dichiarativa. Dal momento che ciascuno dei coeredi deve reputarsi dopo la divisione essere stato l'immediato successore



re del defunto, dal momento che ogni condividente deve essere  
putarsi essere stato sempre l'unico ed esclusivo proprietario dei  
beni toccatigli, è evidente che il titolo acquisitivo dei beni  
toccati a questi condividenti non è la divisione, ma il testamento o la successione legittima, in genere, il fatto giuridico da cui nasce la comunione. Quindi se il titolo  
che può tutelare il condividente per tutelare la sua proprietà, non è la divisione, ma è la successione o il testamento, bisogna convenire che la divisione ha natura dichiarativa. Ma, malgrado gli avversari, che la divisione abbia natura dichiarativa per tutti gli effetti, è contraddetto da alcuni articoli del codice. Vi è un articolo che concede a ciascuno dei condividenti l'azione di garanzia per evizione, quando la cosa toccata in sorte sia eredita da un loro proprietario (art. 1035). Si trova ancora un altro diritto concesso a ciascuno dei condividenti, cioè il diritto di prendere ipoteca legale sui beni degli altri condividenti per garantire il diritto al rimborsamento di conguaglio, cioè al compenso in denaro che gli spetta in cambio della maggior quantità di beni in natura toccata ad un altro (art. 1969 n. 2). Se dunque, dicono quegli autori, dalla divisione nascono tali effetti, questi ci rendono chiaro come la divisione sia un atto traslativo. Infatti l'azione di garanzia per evizione la troviamo nella vendita, la troviamo in tutti gli atti traslativi. L'ipoteca legale in favore dei condividenti somiglia all'ipoteca legale in favore dell'alienante. Se nella divisione si avverano effetti identici



a quelli che si hanno per gli atti di alienazione, vuol dire che la divisione è atto traslativo. Invece noi osserviamo che questi argomenti svaniscono, qualora si faccia una semplice riflessione. La garanzia per evizione, l'ipoteca legale in favore dell'alienante non sono effetti propri dell'atto traslativo, ma sono effetti dell'atto oneroso. Volete vedere che non sono effetti dell'atto traslativo? Ecco un esempio: la donazione è senza dubbio atto traslativo. Bene dalla donazione derivano forse gli effetti dell'azione di garanzia per evizione e dell'ipoteca legale in favore dell'alienante? No, Invece dove troviamo questi diritti della garanzia per evizione e dell'ipoteca legale? Li troviamo solo in quegli atti traslativi che nel tempo stesso hanno la natura di atti onerosi, li troviamo nella vendita, nella permuta e li troviamo perfino nella stessa donazione, quando questa sia fatta sub modo, perchè in questo caso la donazione acquista per parte ridole onerosa, quindi questi effetti derivano non già dalla natura traslativa dell'atto, ma dall'onerosità dell'atto stesso. Perchè? Perchè nell'atto oneroso tra i due contraenti dev'esserci eguaglianza d'interessi, dinodochè uno non s'avvantaggi a scapito dell'altro. Ora per mantenere quest'equilibrio d'interessi tra le parti, la legge provvede in due modi, con l'azione di garanzia per evizione e coll'ipoteca in favore dell'alienante. L'azione di garanzia per evizione provvede al caso in cui l'equilibrio tra gli interessi dei vari contraenti verrebbe a cessare, ove uno dei contraenti avesse pagato all'altro il prezzo



rispettivo, e fosse obbligato a perdere la cosa avuta, per l'azione di rivendicazione da parte di un terzo. Ristabilisce l'equilibrio perché chi si è stato visto può rivolgersi contro il contraente per ricevere il prezzo e i danni e gli interessi. L'ipoteca legale in favore dell'alienante ha lo scopo di mantenere l'equilibrio tra le parti contraenti, in quanto se un contraente cede la cosa senza ricevere il corrispettivo lui per lui; l'ipoteca legale è garanzia sicura che il corrispettivo sarà pagato in avvenire.

Ecco come i due effetti della garanzia per evizione e dell'ipoteca legale in favore dell'alienante sono effetti della natura onerosa dell'atto, non già della natura traslativa. Ma la divisione è senza dubbio un atto a titolo oneroso, in quanto per essa ciascuno dei parti condividenti deve ricevere una parte materiale di beni in corrispondenza della propria quota ideale, e nessuno può arricchirsi a danno dell'altro. Ciò stante ragioni logiche e giuridiche volevano che si applicassero alla divisione gli stessi principii che valgono per tutti gli atti onerosi, e quindi si fosse l'unione di garanzia per evizione, e l'ipoteca legale in favore del condividente.

Dal fatto che la divisione produce questi effetti, non può dunque ridursi che esso sia atto traslativo, piuttosto che dichiarativo. Del resto è inutile perdersi a combattere quest'opinione seguita da pochi, perché non c'è dubbio che per tutti gli effetti la divisione sia atto avente natura dichiarativa. Poco importa dire: è una finzione di legge la retroattività della divisione, per



che non si può distruggere ciò che è avvenuto. Ammettendo che la finzione sia la base della legge può affermarsi e può anche negarsi. Infatti mentre alcuni autori spiegano la retroattività col concetto della finzione, molti altri spiegano la retroattività della divisione nel senso che essa viene a concretare soltanto un diritto attribuito preesistente, a far verificare la condizione a cui è sottoposto il diritto di proprietà durante lo stato di comunione. Ma anche a volere ammettere che la retroattività della divisione sia una finzione, bisogna rispettare la legge com'è, ed ammettere l'efficacia di questa finzione negli stessi limiti in cui la legge l'ha voluto. Se la legge ha posto la retroattività della divisione senza limitarla al solo caso dell'ipoteca o del pagamento della tassa di registro, ma dicendo in generale che ciascun dividendo si reputa essere stato il solo, unico ed esclusivo proprietario dei beni toccatigli in sorte, è evidente che le parole della legge hanno efficacia generale; per tutti gli effetti la divisione deve considerarsi come atto dichiarativo. Da ciò derivano importanti conseguenze. La prima riguarda la trasmissione dei diritti imposti da un dividendo: se un dividendo ha concesso ipoteca su uno dei beni comuni, qualora questo bene non capiti al concedente dell'ipoteca, questa è nulla. Se un comunista prima della divisione ha venduto un bene comune e questo bene non entra nella sua quota, l'alienazione è nulla. Se il bene ipotecato o alienato tocca per metà, per



$\frac{2}{3}$ , per  $\frac{1}{4}$  all'alienante o all'ipotecante, la ipoteca e la alienazione saranno valide per quella parte che tocca a ciascuno. Durante la comunione, ciascun comproprietario può cedere la sua quota ideale, astratta. Ma tale cessione ha efficacia solo sui beni che vengono a cadere nella quota di lui. Così se uno dei coeredi durante il periodo della comunione vuole concedere una ipoteca efficace al suo creditore, non deve concedere l'ipoteca su questo o quello immobile ma deve concederla su tutti i beni ereditari, perchè egli durante la comunione ha diritto su tutti i beni ereditari. Così, quando l'ipoteca è stata presa su tutti i beni ereditari, il creditore ha un'efficace garanzia, perchè se anche di questi beni una particella minima cada nel lotto del debitore per questa parte l'ipoteca sarà efficace. Ma se il creditore è così ingenuo da lasciarsi ingannare da false promesse del debitore il quale assicura che un determinato bene cadrà sicuramente nella sua quota, ed iscrive ipoteca solo su quel determinato bene, si potrà trovare facilmente frustrato nelle aspettative, perchè quel bene potrà toccare ad altro comunista e quindi i suoi diritti svaniranno. Altro effetto della natura dichiarativa della divisione si rileva rispetto alla capacità. Abbiamo detto nella passata lezione che la divisione, sebbene non sia atto traslativo, pure richiede la capacità occorrente per gli atti eccedenti la semplice amministrazione. Quindi nessuna questione si presenta rispetto al minore, all'interdetto, all'inabilitato. Invece la questione si presenta rispetto alla donna maritata. La donna maritata può compiere atti di divisione? Se la divisione è atto



traslativo ed in comunione si trovano dei beni immobili, la donna maritata non potrebbe compiere questa divisione senz' autorizzazione del marito, perchè non può alienare beni immobili (art. 134). Invece, posto che sia atto dichiarativo, ancorchè nella divisione entrino dei beni immobili, la donna maritata può compierla senz' autorizzazione.

Terza conseguenza: ammesso che la divisione abbia natura dichiarativa, non è necessaria alcuna forma per compierla; la forma solenne, l'atto scritto e richiesto per gli atti traslativi di cose immobili, non per gli atti dichiarativi.

Quarta conseguenza: ammesso che la divisione abbia natura dichiarativa, essa ancorchè fatta per atto scritto non dev' essere sottoposta a trascrizione, perchè la trascrizione concerne solo gli atti traslativi di proprietà.

Ma ora ci si presenta un' altra questione più importante e forse più difficile a risolvere. È vero, dicono gli autori, quando si tratta di divisione vera e propria, essa è senza dubbio dichiarativa; cioè quando la divisione è compiuta secondo le regole poste dalla legge, in modo che i vari dividendi abbiano ciascuno una eguale quantità di beni immobili, mobili e di crediti, essa è senza dubbio dichiarativa, perchè si viene a concretizzare un diritto esistente sui beni ereditari. Ma la questione muta aspetto, qualora invece di farsi la divisione vera e propria, nel senso tecnico, secondo le regole del codice, in modo che tutti i lotti siano in proporzione alla quota astratta di



ciascun dividendo, si procede in un altro modo col dare un compenso ad un dividendo invece di beni in natura. Su questo caso la divisione presenta un altro carattere, quello di vendita. Può verificarsi anche il caso che avvenga permuta di beni tra i vari dividendi, come può darsi che la divisione si operi sotto forma di transazione, quando c'è il dubbio se ad un dividendo spetti più o meno. Su questi casi, si domanda, in essi non c'è vera e propria divisione, ma c'è un atto che tien luogo di divisione, inquantoché produce l'effetto di sciogliere la comunione, tale atto si deve considerare che abbia natura dichiarativa, come se si trattasse di divisione vera e propria, oppure no? Ora, in base al codice crediamo che anche gli atti che non possono qualificarsi vera divisione, ma hanno lo stesso scopo, e ne tengono luogo, abbiano la stessa natura della divisione, cioè siano atti dichiarativi, ancorché si presentino con i caratteri di vendita, di permuta, di cessione, di transazione. Quali sono gli argomenti che stanno in nostro favore? Innanzitutto c'è l'art. 1039, nel quale si ricorda un'azione speciale la quale è negata per i contratti in generale. Sappete che i contratti in generale non si possono rescindere per lesione. La lesione avviene quando un contraente abbia dato più di quello che non dia all'altro. Ora la lesione dal nostro codice non è ammessa che in due casi tassativi, nel caso di vendita d'immobili quando ci sia lesione ultra dimidium e nel caso di divisione quando



ci sia lesione oltre il quarto. Nell'art° 1039, in cui si parla dell'anione di rescissione rispetto alla divisione, si dice che quest'anione speciale compete non solo quando ci sia la divisione vera e propria, ma anche quando la divisione venga eseguita sotto forma di vendita, permuta, transazione o altrimenti. Ora in base a questo articolo noi crediamo che siano da equiparare alla divisione tutti gli altri atti i quali abbiano lo stesso scopo, perché se l'anione di rescissione per lesione oltre il quarto è una caratteristica della divisione, e questa caratteristica è estesa anche agli atti che come la vendita, la permuta, la transazione per se stessi non possono produrre quest'effetto, è evidente che la legge non ha voluto tener conto dei diversi mezzi con cui la divisione si attua, ma ha voluto tener conto soltanto dello scopo e dell'intenzione. Dalla parificazione di effetti possiamo argomentare la parificazione della natura degli atti. Se la vendita, la permuta, la transazione per il solo fatto che hanno lo scopo della cessazione della comunione, producono effetti che altrimenti non potrebbero produrre per loro natura, è evidente che la legge ha voluto considerare questi atti come vere e proprie divisioni. Ma si obietta in contrario che la legge li ha voluto equiparare alla divisione solo per questo effetto speciale; e fino ad un certo punto l'obiezione sarebbe grave se questo fosse l'unico argomento. Ma ce ne sono altri, e questi sono tratti dagli art° 1034 e 1032 C.C. Nell'art° 1034 si dice che l'effetto retroat-



non è solo della divisione vera e propria, ma anche della divisione che abbia luogo colla forma di vendita per incanti tra i coeredi. Ora la vendita per incanti è qualche cosa di diverso dalla divisione vera e propria; la divisione vera e propria importa distribuzione proporzionale dei beni in natura, invece la vendita per incanti porta all'effetto contrario, in quanto l'aggiudicatario prende tutto l'immobile e dà agli altri il prezzo. Eppure in quest'articolo è equiparata per tutti gli effetti alla divisione vera e propria la vendita per incanti. L'art° 1932 riproduce lo stesso concetto. Le sentenze di aggiudicazione per incanti tra coesistenti non sono sottoposte a trascrizione, mentre vi sono sottoposte le sentenze d'aggiudicazione in generale, e ciò perché la legge ha equiparato le sentenze d'aggiudicazione per incanti tra i coesistenti alla vera e propria divisione. Ora se la legge in questi due articoli equipara la vendita per incanti alla vera e propria divisione è perché ha tenuto conto dello scopo che si propone questa vendita, ha tenuto conto dell'intenzione dei contraenti. Se in questo caso la legge ha tenuto conto dell'intenzione dei contraenti, perché non dobbiamo dire altrettanto se la vendita non abbia luogo per incanti ma per trattativa privata? Ounque se la legge equipara la vendita per incanti alla divisione vera e propria, vuol dire che parte dal principio da cui è partita nell'articolo relativo all'azione di rescissione per divisione, cioè che poco importa la forma, purché lo scopo e l'inten-



zione dei contraenti siano quelli di produrre la divisione. Questi argomenti mi sembrano più che sufficienti. Però bisogna andare col piè di piombo nel fare l'equiparazione degli atti che hanno forma di vendita, permuta, transazione, con gli atti di vera e propria divisione; a tale scopo è necessario esigere tali requisiti da poterci autorizzare a dire che, sebbene gli atti appariscano come vendita, permuta, transazione, pure in sostanza si tratta di divisione. Quali sono questi requisiti? Anche su questi requisiti gli autori sono in contrasto fra di loro. Seguiremo l'opinione dominante. Smentituito è necessario che questi atti abbiano lo scopo di far cessare la comunione, perché il fatto che dà alla divisione un'impronta tutta propria è la cessazione della comunione; non si può concepire divisione, se la comunione non cessa. Occorre però che si abbia un atto che produca l'estinzione obbiettiva della comunione, perché se abbiamo un atto che produce estinzione della comunione solo tra alcuni cocondividenti, è evidente che non c'è divisione. Mettiamo che vi siano tre comproprietari e che uno di questi cedi all'altro la propria quota. Rispetto al cedente la comunione cessa, egli non ha più diritto di comproprietà, ma questo atto di cessione non può paragonarsi alla divisione perché non ha prodotto l'effetto di far cessare obbiettivamente la comunione. L'art. 1039 quando parla dell'azione di rescissione dice che essa si ammette contro qualunque atto che abbia per oggetto di far cessa-



-e tra i coeredi la comunione dei beni ereditari, in modo tale che si vede chiaro che qui la legge parla di cessazione di comunione obbiettiva.

2°) Ciò non basta; bisogna inoltre che l'atto abbia la stessa natura della divisione, sia cioè atto a titolo oneroso. La divisione è sempre un atto oneroso, qualunque forma assuma, perché se non avviene la distribuzione dei beni in natura in proporzione alle quote, avviene il conguaglio, il rifacimento. Supponiamo il caso che vi siano due coeredi e che uno doni la propria quota all'altro. Questo donazione evidentemente fa cessare la comunione perché di due proprietari è rimasto un solo. Si può dire che la donazione la quale ha prodotto l'effetto di far cessare la comunione, sia atto che possa equipararsi alla divisione per tutti gli effetti di legge? Evidentemente no, perché la donazione è atto a titolo gratuito, e manca quindi la caratteristica della divisione di essere atto a titolo oneroso. Che la divisione sia atto a titolo oneroso è indiscutibile, tanto è vero che la legge concede l'azione di garanzia per evizione, concede l'azione di rescissione per lesione. Tutti questi effetti non possono nascere quando la comunione cessa per effetto della donazione che faccia un coerede ad un altro. In questo caso si avrà cessazione di comunione, ma l'atto non sarà di divisione sarà atto traslativo di proprietà, sottoposto a tutte le norme degli atti traslativi. 3°) Non basta che l'atto sia oneroso, è necessario che soggetti dell'atto che



si qualifica vendita, permuta, transazione siano tutti i cocondizionati, tutti i comproprietari, tutti i coeredi. Co- sicché se alla formazione di quest'atto concorrono alcuni soltanto e non tutti, non si ha divisione per la stessa ragione per cui abbiamo detto che se la divisione si compie da alcuni soltanto, essa è nulla, inquantoché sulla cosa così divisa permane sempre inmutato il diritto di comproprietà degli altri. Se uno cede la sua quota ad uno dei tre o dei quattro coeredi, questa cessione ancorché fatta a titolo oneroso, mediante un corrispettivo, sarà un atto efficace in rapporto ai contraenti, ma non sarà divisione; sarà trasferimento di proprietà. Invece se tutti i cocondizionati concorrono all'atto, dimodoché per tutti cessi la comunione, allora soltanto l'atto di vendita, di permuta, di transazione avrà indole ed efficacia di divisione. A questo punto sorge una difficoltà. Certo tutti i cocondizionati debbono concorrere nell'atto, perché essenza natura di divisione; ma è necessario che concorrano solo i cocondizionati, dimodoché se concorrono altre persone estranee, l'atto cambia natura e diventa vendita, permuta? Bisogna fare due casi distinti. Primo, che nell'atto siano intervenuti anche degli estranei oltre i cocondizionati, e che gli estranei abbiano avuto con la possibilità di acquistare qualche cosa dei beni ereditari, ma in realtà non hanno acquistato. Secondo, che in quest'atto non soltanto intervengano gli estranei, ma realmente acquistano qualche cosa dei beni ereditari. Questi due casi si veri-



ficano nell' ipotesi in cui si faccia la vendita di un bene comune per incanti. Abbiamo visto che quando si fa la divisione giudiziarie e si trova un immobile che non si può convenientemente dividere, è ordinata la vendita per incanti. Su questa vendita c'è la possibilità del concorso da parte dei comproprietari ed anche da parte degli estranei. Ora si domanda: quando avviene l'aggiudicazione di un fondo comune per vendita ai pubblici incanti, basta il semplice fatto che sia esistita la possibilità dell'acquisto da parte dell'estraneo per distruggere la natura di divisione, oppure è necessario che effettivamente un estraneo abbia acquistato il fondo posto all'incanto? Se in fatto l'estraneo concorrendo all'incanto è riuscito aggiudicatario dell'immobile, ancorchè così sia cessata la comunione, senza dubbio l'atto non è dichiarativo ma è traslativo, perchè l'estraneo acquista una cosa su cui non aveva precedentemente alcun diritto. Il dubbio è nato nel caso in cui nell'incanto il fondo venne aggiudicato ad uno dei coeredi. Basta il semplice fatto che c'era la possibilità che un estraneo acquistasse il fondo comune, perchè questo fatto possa far ritenere traslativo l'atto d'aggiudicazione, sebbene seguita in favore di uno dei condividenti? Si capisce che quando un estraneo prende parte all'atto di divisione, e veramente acquista qualche bene appartenente alla comunione, l'atto è traslativo; ma non si capisce come la semplice possibilità che un estraneo di acquistare dei beni ereditari



possa equivalere alla realtà. Gli autori però si richiamano agli articoli che ho dianzi citati. In questi si annette che alla divisione debba essere equiparato l'incanto seguito tra cocondividenti. Dunque, dicono questi autori, se l'incanto non è seguito tra i cocondividenti ma è incanto pubblico, questo viene escluso dalla lettera della legge. Perciò gli art. 1034 e 1932 non sono applicabili. A prima vista questo argomento letterale fa impressione, tanto più che mentre nel codice francese si dice che è equiparata la divisione all'incanto, senz'aggiungere le parole tra cocondividenti, il nostro codice ha aggiunto questa frase. Perciò, parrebbe che questa frase abbia un significato restrittivo. Ma quest'argomentazione letterale si distrugge con un altro argomento anche letterale. L'art. 1932 dice al n. 4 che in generale tutte le sentenze d'aggiudicazione di fondi per pubblico incanto sono soggette a trascrizione, ad eccezione delle aggiudicazioni per incanto tra i cocondividenti. Dunque la legge suppone una sentenza di aggiudicazione in favore di un cocondivente. Se suppone una sentenza d'aggiudicazione a favore di un cocondivente, sottratta alla regola comune della trascrizione è evidente che presuppone essere avvenuto un incanto in forma giudiziale, cioè un incanto a cui poteva presentarsi anche un estraneo. È inconcepibile una sentenza d'aggiudicazione per incanto fatto a trattative private. Se la legge pur parlando d'incanto fatto pubblicamente dice che la sentenza è esente da trascrizione, solo perché la



aggiudicazione è avvenuto in fatto in favore di un con-  
dividente; l'argomento contrario svanisce come nebbia  
al sole, perchè la frase aggiunta non vuol dire che so-  
lo i dividendi debbono avere la possibilità di acquista-  
re, ma che effettivamente il fondo sia stato acquistato da  
un dividendo. Basta il semplice fatto che siano interve-  
nuti tutti i dividendi, e che l'aggiudicazione sia  
fatta ad uno di loro, ancorchè l'incanto sia fatto in  
forma pubblica; e poco importa la semplice possibilità  
che aveva un estraneo di acquistare il fondo, si guar-  
da alla realtà. Quindi anche in questo caso c'è la na-  
tura della divisione; e la vendita all'incanto si consi-  
dera atto d'indole dichiarativa per tutti gli effetti di  
legge. Finalmente si vuole un altro requisito perchè gli  
atti possano essere equiparati alla divisione, occorre cioè  
che oggetto di questi atti siano le cose comuni. Se l'at-  
to che tiene luogo di divisione avesse per oggetto cose  
diverse dai beni ereditari, sarebbe atto traslativo e non  
dichiarativo. Un dividendo cede tutti gl'immobili  
ereditari, anche la parte che a lui spetterebbe in cambio  
di un fondo proprio dell'altro dividendo. Qui avviene  
una permuta, perchè un dividendo viene ad acqui-  
stare una cosa su cui prima non aveva alcun dirit-  
to. Quando si sono verificati tutti gli estremi, cioè che  
l'atto abbia lo scopo di sciogliere la comunione, che ab-  
bia natura onerosa che soggetto siano tutti i dividen-  
di, che oggetto siano i beni comuni, allora l'atto tien lu-  
go di divisione vera e propria e produce tutti gli effet-



ti della divisione, tranne però l'effetto fiscale. Il fisco naturalmente non segue criterii giuridici, segue dei criterii tutti propri, arbitrari, spesso antigiuridici. Ora il fisco fa distinzione fra divisione vera e propria ed atti che tengono luogo della divisione. Quando si ha la divisione vera e propria, vi sia equa distribuzione dei beni della comunione, allora si applica la tassa speciale per la divisione; ma quando vi sia un compenso, un rifacimento in denaro e l'atto assume forme di vendita, di permuta, di cessione, di transazione, il fisco non vuol saperne dei principii del codice civile ed applica la tassa più gravosa relativa ai trasferimenti di proprietà

---



## Libro XXXIV<sup>a</sup>

### Sommario

Effetti della divisione: l'azione di garanzia per evizione. Garanzia per l'esigibilità dei crediti e delle rendite. Annullamento della divisione per violenza o dolo. Evizione in caso di errore. L'azione di rescissione per lesione oltre il quarto.

Uno degli effetti della divisione a cui già accennammo nella lesione passata è l'azione di garanzia per evizione. L'azione di garanzia per evizione non è un effetto speciale della divisione, ma è un effetto comune anche ad altri contratti onerosi. Principio generale che regola tutti i contratti onerosi è che deve serbarsi quanto è possibile l'egualianza d'interessi tra le varie parti contraenti, cosicchè ove questa egualianza venga ad essere turbata, dev'essere ristabilita. Ora l'egualianza tra le parti contraenti in un contratto oneroso viene ad essere diminuita od a cessare del tutto qualora una delle parti abbia ricevuto una cosa di cui poi sia stata spogliata per opera di un terzo, perchè la cosa ricevuta non apparteneva all'altro contraente, ma al terzo. Questo fatto si dice evizione, cioè perdita, spoglio della cosa o privazione del diritto per opera di sentenza giudiziarie. In base a questo principio generale la legge concede ad ogni condividente verso l'altro l'azione di garanzia per evizione o per molestia relativa alle cose che sono entrate a far





parte del suo lotto (art. 1035)

Che s'intende per molestia? Per molestia non s'intende altro che la pretesa di un diritto che si fa valere giudizialmente; molestia non è altro che un'evizione incipienti, non è che il periodo di una futura evizione; molestia è quella pretesa di diritto, la quale quando sia fondata, potrà condurre poi all'evizione effettiva. Quindi non è necessario perché un coerede eserciti la garanzia che l'evizione sia effettuata realmente, ma basta che vi sia il pericolo dell'evizione, che si dimostra mediante l'inizio dell'azione giudiziarie. La legge aggiunge che queste molestie ed evizioni debbono avere per causa un fatto precedente alla divisione. Anche questo è conseguenza dei principi generali. In qualsiasi contratto oneroso, il contraente risponde per evizione, qualora la causa dell'evizione sia precedente al contratto; se la causa dell'evizione è posteriore, naturalmente l'evizione sarà a carico del contraente che ha ricevuto la cosa, perché in tal caso il principio dell'ingraziana non resta lesa. Così supponiamo il caso che nella divisione, ad un coerede sia spettato in sorte un fondo realmente appartenente al defunto; però questo fondo era posseduto da un terzo, il quale dopo la divisione ha compiuto l'usurpazione. Il condividente a cui è toccato in sorte il fondo posseduto da un terzo, viene così ad essere privato; ma per un fatto precedente? No, per un fatto posteriore alla divisione, perché è vero che il possesso del fondo si trovava presso un terzo in tempo precedente,



ma in quel tempo il fondo apparteneva ancora al de-  
funto, apparteneva ai comproprietari e quindi fu giusta-  
mente assegnato al cocondividente: essendosi la prescrizione  
verificata dopo, la causa dell'evizione è posteriore alla  
divisione. Il cocondividente che si vede spogliato per la pre-  
scrizione acquisitiva verificatasi dopo la divisione non si  
può lamentare; egli aveva in suo potere i mezzi per in-  
terrompere la prescrizione; se non li ha usati, è colpa  
sua. Ecco perché la legge dice evizioni e molestie che  
hanno per causa un fatto precedente alla divisione. La  
legge aggiunge ancora per sole molestie ed evizioni. Che  
significa questa parola sole? Perché negli altri contratt  
ti onerosi, come per esempio nella compra-vendita, l'a-  
zione di garanzia ha luogo non solo per l'evizioni real-  
mente sofferte, non solo per le molestie che possono  
condurre all'evizione, ma c'è l'azione di garanzia  
anche per i cosiddetti vizi occulti. Ora la legge qui  
parlando di sole molestie ed evizioni, ha voluto elimi-  
nare l'azione di garanzia per i vizi occulti. Perché  
si comprende l'azione di garanzia per i vizi occul-  
ti in un contratto traslativo, in quanto quando chi  
acquista qualche cosa a titolo oneroso vuole che la  
cosa abbia certe qualità, mancando le quali man-  
ca il presupposto del contratto; invece quando nella di-  
visione capitano in un lotto delle cose che sono difet-  
tose, con ciò non si fa torto a nessuno: le cose che  
appartenevano alla comunione, buone o cattive che  
fossero state, senza vizi o con vizi dovevano sempre di-



vedersi, onde se un condividente abbia avuto una cosa apparentemente buona, ma in sostanza cattiva, avente dei vizi sconosciuti, non può lamentarsi, perché essendo cosa della comunione doveva toccare a qualcuno, e colui al quale è toccata, deve sopportarne i difetti. In un caso può lamentarsi, non già con l'azione di garanzia per evizione, ma con un'altra azione, quando la cosa avente dei vizi occulti capitata ad un condividente sia stata valutata come cosa di qualità ottima e questa valutazione erronea abbia importato lesione oltre il quarto. Il coerede in tal caso eserciterà non già l'azione di garanzia per vizi occulti, ma l'azione di rescissione oltre il quarto che ha ben altro presupposto e altri estremi per l'esercizio.

L'azione di garanzia per evizione ha lo scopo di ottenere dagli altri condividenti un'indennità adeguata alla perdita fatta. Come deve valutarsi quest'indennità?

Deve guardarsi al valore della cosa evitta al tempo della divisione, o pure al valore della cosa evitta al tempo dell'evizione? È toccato ad un condividente un fondo che pareva di proprietà del defunto e quindi appartenente alla comunione, invece in forma di giudizio di rivendicazione il coerede ha dovuto lasciare questo fondo, perché il magistrato ha riconosciuto che apparteneva ad una terza persona. Questo fondo al tempo della divisione fu valutato £10.000, mentre invece al tempo dell'evizione, che è potuta avvenire dopo 20 anni dalla divisione, o per miglioramenti fatti dallo stesso



coerede o per circostanze estrinseche causali, il valore del fondo era salito a 30.000.

Che cosa i coeredenti debbono pagare al coerede evitto? Le £ 10.000, valore del fondo al tempo della divisione, o le £ 30.000 valore del fondo al tempo dell' evizione? Quest'è la questione. Alcuni dicono che bisogna guardare al tempo della divisione, perchè tutto riguarda a quel tempo si fissarono i valori delle cose divise. Altri dicono che bisogna tener conto dei miglioramenti o delle diminuzioni di valore seguiti posteriormente e quindi bisogna guardare al tempo dell' evizione. Ora credo che questa seconda opinione sia più esatta, per una ragione molto semplice: ed è che l'indennità deve rappresentare il danno realmente subito: se un coerede è costretto a rilasciare un fondo avente al tempo dell' evizione il valore di £ 30.000, £ 30.000 rappresentano il suo danno, e poco importa che al tempo della divisione il fondo avesse un valore minore o maggiore. Ciò risulta anche dalle stesse parole della legge. Infatti nell' art. 1036 si dice: « Ciascun coerede è personalmente obbligato in proporzione della sua quota ereditaria a tenere indenne il suo coerede della perdita ragionata dall' evizione ». Dunque bisogna mettere in relazione la perdita ch'è l'effetto, colla causa ch'è l' evizione. Mettendo in relazione l'effetto con la causa deriva che l'effetto deve essere commisurato alla causa; deve perciò valutarsi la perdita al tempo dell' evizione, al momento in cui la causa del danno s'avvera. Come si deve ripartire



quest' indennità? Si deve ripartire tra i vari coeredi in proporzione della quota, come si fa per i debiti in generale. Mettiamo che l' indennità sia di £15.000, che tre siano gli eredi, e che uno di questi sia il coerede uitt. Costui perderà £5.000, per le £10.000 restanti si risolverà agli altri coeredi per avere da ciascuno £5.000 e così l' equaglianza viene ristabilita. Supponiamo che un coerede sia insolubile. Su chi ricade quest' insolubilità? Parlando del pagamento dei debiti abbiamo visto che se un coerede è insolubile, la quota di costui non si ripartisce su tutti gli altri, tranne che il debito sia ipotecario, perché gli altri sono tenuti a pagare la propria quota esclusivamente. Invece un diverso criterio segue la legge nel caso d' indennità. Se si trova un insolvente, la quota dell' insolvente viene ripartita proporzionalmente su tutti i coeredi, cosicché il danno dell' insolubilità di un coerede non lo sopporta colui che ha diritto all' indennità, ma tutti proporzionalmente (art. 1036 cap)

L' azione di garanzia per evizione quanto tempo dura? Dura il tempo normale della prescrizione, trent'anni dall' evizione (art. 2120 cod. civ.)

L' azione di garanzia manca in due casi: 1°) Que con clausola particolare (non già concepita in termini generali) ed espressa siasi rinunciato ad essa rispetto alla speciale evizione subita: per es. rinuncia all' azione per evizione a causa di servitù. 2°) Se il coerede uitt. abbia sofferto l' evizione per colpa propria, per es. trascurando di far valere i mezzi giuridici che avrebbero impedito



la soccombenza (art. 1035 cap). Oltre la garanzia per evinzione di cui ho parlato, c'è un'altra azione di garanzia di cui il codice non parla troppo chiaramente, ed è l'azione di garanzia dovuta per i crediti. Quando si fa la divisione, debbono entrare nei singoli lotti non solo i beni mobili ed immobili in eguale quantità e qualità, ma debbono entrare per quanto è possibile dei crediti, affinché la ripartizione si faccia in modo equo. Supponiamo che in un lotto siano entrati dei crediti ereditari. C'è garanzia anche per questi? Il principio in materia di crediti è, che quando si cede un credito, il cedente non è tenuto a garantire che il *verum nomen* non il *bonum nomen*, cioè è tenuto a garantire l'esistenza del credito non la solubilità di esso. Quando alcuno cede, o vende un credito, garantisce che il credito esiste, che c'è un diritto di credito; ma non garantisce se il debitore sia buono a pagarlo o pur no. Onde se il cessionario, agendo contro il debitore non trova niente per soddisfarsi, non avrà azione di garanzia contro il cedente. Questo principio generale non si applica per la divisione. Se in un lotto sono entrati dei crediti, e questi crediti al tempo della divisione erano inesistenti o prescritti, evidentemente siccome queste qui c'è evinzione, perché questa si ha non solo rispetto alle cose corporali, ma anche rispetto alle cose incorporali, c'è l'azione di garanzia di cui abbiamo parlato. Ma se invece il credito ha tutti i requisiti per l'esistenza e non era prescritto al tempo della divisione, ma soltan-



si può sperimentare se non in fra dieci anni dalla divisione. Ciononostante nasce questa conseguenza mostruosa, assurda, che mentre l'azione di garanzia per evizione per qualsiasi bene dura 30 anni, che mentre l'azione di garanzia su che per l'insolubilità del debitore rispetto a qualsiasi credito dura 30 anni, invece l'azione di garanzia per l'insolubilità del debitore d'una rendita durerebbe 10 anni. Per quali ragioni chi riceve un credito consistente in una rendita deve per forma sperimentare la sua azione in fra dieci anni dalla divisione, mentre se si tratta di un altro credito può sperimentare la sua azione in fra 30 anni, secondo i principî generali di diritto? Non c'è alcuna ragione logica o storica; pur nondimeno il codice francese abbastanza chiaro dice che il coerede discendente a cui è toccata in sorte la rendita non può esercitare l'azione di garanzia dopo i 10 anni. Che ha fatto il codicista nostro? Ha usata una formula che si presta a diverse interpretazioni. L'art. 1037 dice «la garanzia della solvenza del debitore di una rendita non dura oltre i 5 anni successivi alla divisione». Che vuol dire il codice? Vuol dire che il coerede risponde solo non solvenza del debitore d'una rendita, ancorché questo si verifichi entro 5 anni dalla divisione; oppure vuol dire che l'azione di garanzia per insolvenza del debitore d'una rendita deve per forma essere sperimentata entro 5 anni dalla divisione? Accogliendo piuttosto l'una che l'altra delle due opinioni, ne derivano gravi conseguenze. Sebbene gli autori ita-



liani nella maggior parte ritengono che il codice no-  
stro abbia voluto commettere lo stesso sproposito del codice  
francese, confondendo insieme il tempo per cui la garen-  
zia degli altri coeredi deve durare col tempo necessario  
per la prescrizione dell'azione di garanzia, pure noi  
crediamo che da questa accusa si possa difendere il  
nostro legislatore, perchè il codice nostro non dice più  
come il codice francese: l'azione di garanzia per insol-  
venza non può esercitarsi ecc; dice: la garanzia dell'  
l'insolvenza non dura oltre i 5 anni; il che può in-  
terpetrarsi nel senso che i coeredi non solo risponden-  
do dell'insolvenza del debitore d'una rendita se que-  
sta precedeva la divisione, ma rispondono anche dell'in-  
solvenza del debitore, se questa è posteriore alla divisio-  
ne, purché non si verifichi dopo i 5 anni dalla divisio-  
ne. Quest'opinione accolta da pochi sembra la più lo-  
gica, e più conforme ai principj. Il principio generale  
è che l'azione dura 30 anni; onde i 5 anni non sono  
il termine dell'esercizio dell'azione, ma il termine  
entro il quale i condividenti sono sempre responsabili:  
in qualunque giorno, infra i 5 anni dalla divisione si  
verifichi l'insolvenza, gli eredi saranno sempre respon-  
sabili, e l'azione contro di loro si potrà esperimen-  
tare fino a 30 anni dal giorno in cui l'insolvenza  
s'è verificata. Quest'è un'interpretazione che mi sem-  
bra conforme a tutto il concetto ispiratore della legge,  
ed è principalmente basata sulla differenza di locutio-  
ne tra il nostro codice e quello napoleonico, differenza



che bisogna tenere in conto, ancorchè si possa esser con-  
vinto che sia una differenza non voluta conscientemente  
dal legislatore, dovendo noi interpretare la legge obbiet-  
tivamente.

Un'altra azione che deriva dai principi generali è  
l'azione di annullamento della divisione. L'art. 1039  
dice: «le divisioni possono rescindersi per causa di  
violenza o di dolo». Quest'è una frase poco esatta, per-  
chè la parola rescissione implica un concetto diverso  
dall'annullamento, però praticamente importa le stesse  
conseguenze. La legge dice: violenza o dolo; e dell'errore  
non dice. Dovemo forse che l'errore non è causa possibile  
di annullamento della divisione? Questo non possiamo  
dirlo, perchè non c'è alcuna ragione per escludere l'erro-  
re dalle cause dell'annullamento delle divisioni. Però,  
praticamente, non v'era bisogno di menzionare in  
specie l'errore tra queste cause, perchè ogni qualvol-  
ta c'è errore, o c'è un'azione speciale che non si  
confonde con l'azione d'annullamento, o non c'è  
azione d'annullamento. Su che cosa rivero può cade-  
re l'errore? Quantitativo può cadere sull'entità della  
quota che si riceve. Ma se si riceve meno di quel-  
lo che spetta c'è, come vedremo, l'azione di rescissi-  
one per lesione. L'errore sulla sostanza delle cose  
si riduce nella divisione ad errore sul valore della  
quota, e se quest'errore eccede il quarto, c'è l'a-  
zione di rescissione per lesione. Altro caso di errore  
si ha quando sono compresi nella divisione degli



ni i quali non appartenevano al defunto. Ma ove si  
 avveri questo errore c'è bisogno d'annullare la divisio-  
 ne? No, basta in questo caso l'azione di garanzia per e-  
 rizione, perchè quanto per errore è incluso un bene che  
 non doveva essere incluso, chi ha ricevuto questo bene avrà  
 diritto d'agire in garanzia. Altro caso di errore è quando non so-  
 no inclusi nella divisione, dei beni che dovevano essere inclusi. In  
 questo caso c'è bisogno d'annullamento? Nemmeno. C'è biso-  
 gno soltanto di fare un supplemento di divisione dei beni o-  
 messi. Altro caso d'errore: sono intervenute nella divisione delle  
 persone che non dovevano intervenire, che non avevano diritto  
 alla eredità, e che furono considerate come eredi o per errore di  
 fatto o per errore di diritto. Ebbene in questo caso c'è bisogno di  
 di annullare la divisione? No, perchè le cose che sono spettate  
 a quelli che non vi avevano alcun diritto, si debbono conside-  
 rare come cose ancora comuni e quindi basterà un supplē-  
 mento di divisione. Così anche se un erede per errore di dirit-  
 to ha ricevuto una quota che non gli spettava, od una quo-  
 ta maggiore di quella che a lui spettava, la parte eccedente  
 si repunterà ancora comune e vi farà luogo ad un supplēmen-  
 to di divisione. Si può dare che vi sia stato errare nel calcola-  
 re il valore dei beni entrati nei singoli lotti. Ora anche per  
 l'errore di calcolo non c'è bisogno d'annullare la divisio-  
 ne; non si fa altro che rettificare il calcolo. Perciò tutti i  
 vari casi d'errore si possono benissimo risolvere senza ricor-  
 rere ad un'azione speciale d'annullamento, tanto più  
 che il caso più importante praticamente di errore è quello  
 che si ha quando si stimano le cose ereditarie per un valo-



re superiore al reale, oppure inferiore, in modo da risultarne la  
sione per un condividente, ed allora la legge concede un'azio-  
ne speciale, l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto.

Le azioni d'annullamento per violenza e per dolo seguono la  
sorte comune, si prescrivono in cinque anni, dal giorno in cui  
cessò la violenza, o fu scoperto il dolo. E non solo si possono es-  
tinguere per prescrizione, ma anche per ratifica espressa o ta-  
cita. È da notare che la legge prevede un caso speciale di ra-  
tifica nell'art. 1043. La legge fa l'ipotesi che una divisione sia  
stata fatta con violenza o dolo a danno di un condividente,  
il quale ne è stato vittima. Dopo cessata la violenza commessa a  
suo danno o scoperto il dolo, il condividente che ne è stato vit-  
tima, ha alienato la sua porzione o parte di essa. Il fatto  
dell'alienazione sopravvenuto alla conoscenza dell'errore deri-  
vante dal dolo, e alla cessazione della violenza è dalla legge  
interpretato come ratifica della divisione, e quindi importa  
perdita dell'azione d'annullamento. Parliamo ora dell'azio-  
ne speciale caratteristica della divisione, di cui già abbiamo  
fatto cenno, cioè l'azione di rescissione per lesione (art. 1038 cap.).  
Quest'azione, ho detto, è caratteristica della divisione, perché  
mentre in generale l'eguaglianza deve regnare in tutti i con-  
tratti onerosi, pur nondimeno la legge nostra seguendo i prin-  
cipi romanistici non ha ammesso, come avrebbe dovuto, la  
rescissione per lesione in tutti i contratti onerosi facendo solo  
eccezione pel contratto di compra vendita d'immobili ed a favo-  
re del venditore. Però l'azione di rescissione per lesione ripuntata  
per i contratti onerosi in generale, la legge l'ha accolta per la  
divisione, perché sebbene questa sia un contratto oneroso, pure



in essa la caratteristica della eguaglianza è più spiccata che negli altri contratti, perché mentre in questi si può dire essere lecito ingannarsi scambievolmente. « licet se circumvenire » perché vi è lo scopo della speculazione, questo non si riscontra nella divisione, la quale invece tende solo a concretare il diritto astratto già preesistente. E perciò ancora l'azione è accolta con maggior larghezza che nella stessa vendita. Infatti non si distingue se i beni divisi siano mobili o immobili, né, ove la divisione assuma la forma di vendita, se il condividente lesa figurì come venditore, o come compratore; e nemmeno esige che la lesione sia ultra dimidium, ma si contenta di una lesione oltre il quarto, cosicché se un condividente riceve meno di  $\frac{3}{4}$  di ciò che a lui spettava, può intentare l'azione di rescissione. Per vedere se esiste o no questa lesione, come si deve calcolare il valore dei beni? Il valore dei beni deve calcolarsi, avuto riguardo al tempo della divisione. Supponiamo che i beni toccati ad un coerede abbiano perduto di valore, dopo la divisione, per un disastro qualsiasi. Certamente questi viene ad avere meno degli altri coeredi i quali non furono colpiti da questo caso fortuito, ma non può lamentarsi; perché possa lamentarsi bisogna provare che tenuto conto del valore dei beni qual'era al tempo della divisione, egli ha ricevuto meno. Perciò tutte le diminuzioni posteriori, come tutti gli aumenti posteriori non vanno tenuti in conto. L'azione di rescissione per lesione si ammette non solo contro la divisione vera e propria, ma contro tutti gli atti che avendo per oggetto la divisione hanno tenuto luogo di divisione, e quindi anche contro la vendita, contro la permuta, la transazione, ecc.



menti il rischio non vi sarebbe. Quando dunque vi sia vendita del diritto ereditario fatta senza frode e a rischio del compratore, non vi è azione di rescissione; invece c'è questa azione anche nel caso di vendita del diritto ereditario, quando il cedente sapeva che cedeva poco o niente ed ha ricevuto in cambio un prezzo elevato perchè in questo caso c'è frode, la quale dev'essere punita; come pure c'è azione di rescissione quando manca la clausola a rischio e pericolo del cedente od altra somigliante.

Quali sono gli effetti della rescissione? Gli effetti della rescissione per lesione sono: che le cose vengono a ritornare allo stato di comunione, e quindi si deve procedere ad una nuova divisione. Per evitare quest'effetto gli altri coeredi possono pagare in denaro un supplemento per integrare la quota di chi ha sofferto la lesione. Rispetto ai terzi la rescissione per lesione non produce efficacia retroattiva, ove essi abbiano acquistati diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rescissione (art. 1308 cap.)

---



## Lezione XXXV<sup>a</sup>

### Sommario

La divisione inter liberos. Come può farsi. Se sia un atto di indole esecutoriale, o che ognuno può compiere. Indole giuridica di questa speciale divisione; le varie opinioni. I soggetti della divisione inter liberos: capacità. Oggetto. Contenuto speciale.

Oltre alla divisione vera e propria, di cui abbiamo parlato, il codice parla negli art. 1044-1049 della divisione fatta dal padre, dalla madre e dagli altri ascendenti tra i loro discendenti, quella che comunemente si dice divisione inter liberos. A dire il vero, il nostro codice poteva tralasciare di parlarne in questo punto, perchè non si tratta di vera e propria divisione che suppone preesistente la comunione, ma di divisione che intende impedire una futura comunione e trattarne dopo le donazioni, come il codice francese.

Da che consiste questa specialissima divisione, che dà tanto filo da torcere agli interpreti per la sua natura ibrida, per le sue conseguenze disperate, per tante quistioni cui ha dato luogo? Questa speciale divisione è l'atto con cui lo ascendente assegnando tutti i suoi beni ai figli o ai discendenti fa egli stesso la composizione dei lotti spettanti a ciascuno in corrispondenza delle quote da lui stesso stabilite. Da ciò risulta anzitutto come quest'atto,



che si chiama divisione, non costituisce una vera divisione, perchè divisione è quell'atto che importa la fine di una comunione; mentre qui invece non c'è mai comunione, l'ascendente prima che sorga la comunione tra i figli, divide i beni tra di loro. Quest'atto non tende ad estinguere la comunione già avvenuta, ma tende ad impedire che nasca la comunione. I vantaggi di questa divisione furono rilevati dal diritto romano, cioè evitare le gare tra i figli, evitare tutti gl'inconvenienti che derivano da una divisione specie giudiziaria. Se però la divisione inter liberos produce questi vantaggi, produce lo svantaggio che non essendo sempre il padre spassionato, equanime, spesso nella composizione dei lotti si trova favorito un figlio piuttosto che un altro; e più di tutto lo svantaggio maggiore che presenta questa divisione inter liberos è stato dalle molteplici questioni fatte dalla dottrina e dalla giurisprudenza intorno alla natura dell'atto ed ai possibili effetti. Ciò nonostante il codice ha conservato questo istituto derivato dal Diritto romano e dal Diritto consuetudinario francese.

Come può farsi la divisione inter liberos? Può farsi in due modi: per testamento o per donazione. Abbiamo una divisione inter liberos che essendo fatta per testamento non ha efficacia che al momento della morte del dividente, perchè tutto ciò che è disposto nel testamento ha efficacia al tempo della morte del testatore; ed abbiamo una divisione inter



liberos che può essere fatta per donazione ed ha efficacia nel momento stesso in cui è compiuta, cioè prima della morte del donante, e quindi è una divisione la quale non presuppone neppure la successione. Questa divisione è un atto permesso dalla legge unicamente agli ascendenti in favore dei discendenti, oppure è permesso implicitamente a tutte le persone che vogliono disporre dei loro beni? Alcuni hanno detto: la divisione inter liberos è un atto che la legge solo eccezionalmente permette agli ascendenti rispetto ai discendenti. Altri hanno detto: come mai volete restringere il diritto di dividere i beni tra più persone al solo ascendente; mentre un estraneo che dona i beni a più persone non avrà il diritto di ripartirli? Chi ha il diritto di fare il più, ha il diritto di fare il meno: se uno ha il diritto di lasciare o no i beni ad una data persona, potrà lasciare o donare i beni nel modo che vuole e quindi anche dividerli. Però se questo è vero, è pur vero che altra è la facoltà concessa a qualsiasi persona di donare o lasciare per testamento i beni facendo la ripartizione effettiva dei beni; ed altra è la divisione che fa l'ascendente ai figli. Perché quando una persona fa una donazione o un testamento e ripartisce i beni come meglio a lui piace tra i vari donatari, eredi, legatari, egli non fa altro che compiere una ripartizione di fatto; ma non compie un vero e proprio atto di divisione, cioè un atto regolato da tutti i principii che concernono la divisione e produttivo di quelle conseguenze speciali che la legge fa derivare dalla divisione inter liberos. Come vedremo, la divisione inter liberos presenta dei caratteri del tutto eccezionali.



uali; pur non essendo divisione, pur non presupponendo comunione produce le stesse conseguenze della divisione, come se la comunione vi fosse stata precedentemente. Cosicché non si possono le regole poste dalla legge per la divisione inter liberos estendere a tutte quelle donazioni, quei testamenti, in cui il donatore ed il testatore distribuisca i beni ai coeredi e ai donatari nel modo che a lui piaccia. Infatti una specialità propria della divisione inter liberos è che l'oggetto della divisione può essere anche la quota legittima, la parte indisponibile. Ora questo significa molto: se oggetto della divisione inter liberos può essere anche la quota indisponibile, questa distribuzione dei beni della legittima può in certo modo alterare la composizione dei lotti che altrimenti avrebbe luogo se si facesse la divisione vera e propria. Ora principio generale di diritto in materia di legittima è che la legittima non si può alterare in nessun modo, la parte assegnata dalla legge, rigorosamente parlando, dovrebbe essere sottoposta alle regole comuni della vera e propria divisione, mentre attribuendo al padre di famiglia il diritto di ripartire anche la legittima ai figli, si può avere l'effetto che la divisione non sia corrispondente a quella che si avrebbe se si facesse secondo le regole comuni. Invece, se si tratta d'una persona che voglia lasciare i beni ai suoi genitori od altri ascendenti, costei potrà ripartire i beni disponibili, come meglio a lei piaccia, ma non potrà in nessun modo distribuire i beni che formano parte della legittima, perché la legittima è una quota proveniente es lege, sottoposta a tutte le regole della legge sia intorno alla trasmissione sia intorno alla divisione. Un'altra specialità



della divisione inter liberos e questa, ch'essa sia fatta a tutti coloro i quali dovranno essere eredi del dividendo, a tutti i figli, a tutti i discendenti. Cosicché se uno di loro è omissso nella divisione, questa è nulla. Invece questa singolare conseguenza non potrebbe mai derivare nel caso che alcuno lasci i suoi beni a parenti oppure ad estranei ripartendoli tra di loro, perché quando traslascia alcuno dei parenti non fa male a nessuno, perché questi non avevano alcun diritto all'eredità, ed intanto vi hanno diritto in quanto sono chiamati. Onde queste specialità, è evidente come la divisione inter liberos di cui parla il codice non sia che facoltà del solo genitore, o del solo ascendente in generale; tutte le altre persone che non vi restano questa qualità possono benissimo assegnare i beni ai singoli eredi o donatari per impedire la comunione, ma questa non sarà vera e propria divisione, non importerà né possibilità d'applicazione delle regole della divisione e tanto meno delle regole speciali poste dalla legge per la divisione dell'ascendente.

Premesso questo, vediamo la natura giuridica di questa divisione inter liberos, che può rivestire due forme egualmente solenni: se fatta per atto tra vivi deve rivestire la forma della donazione, se fatta per atto mortis causa dev'essere fatta colle stesse forme del testamento (pubblico, segreto, lografo). Quando la divisione inter liberos è fatta per testamento non presenta difficoltà, inquantoché nel tempo stesso in cui vari coeredi sono chiamati alla successione in quel tempo stesso acquistano i beni già divisi e divisi, essi sono successori non già in quote astratte, ma in quote concretate dallo stesso testatore, il



quale ha designati i beni appartenenti a singoli lotti. Questo testamento si distingue dagli altri in generale, perchè mentre negli altri testamenti si dice: lascio ai miei figli tutto il patrimonio da dividersi in parti uguali, lascio ai miei figli il patrimonio da dividersi in questo modo, cioè ad alcuni la legittima soltanto, ad altri la disponibile; invece nel testamento contenente la divisione inter liberos dopo essersi detto: lascio tutto il patrimonio ai miei figli da dividersi in parti uguali, si aggiunge: assegno per formare ciascuna quota, al figlio A questo e questo altro immobile, al figlio B l'immobile X e l'immobile Y. Quest'è la divisione inter liberos. Le conseguenze pratiche sono le stesse, solo si elimina la possibilità della comunione.

Perciò non nasce questione intorno alla natura giuridica di questo atto. La difficoltà grande sorge quando la divisione inter liberos sia fatta per donazione. Una persona fa una vera e propria donazione colla quale dona tutto il patrimonio attuale ai figli aggiungendo che la quota di ciascuno di essi dev'essere composta di questi e quest'altro beni. Quest'atto contiene due elementi: un elemento attributivo e traslativo di diritti ed un elemento distributivo. L'elemento attributivo è dato dalla natura stessa dell'atto, il quale riveste la forma della donazione, l'elemento distributivo è dato dall'assegnazione dei singoli beni che debbono entrare nei singoli lotti. Quale qualità rivestono i discendenti in questo caso, sono eredi, sono donatari o sono donatori coincidenti? In altre parole la divisione inter liberos per atto tra vivi è vera donazione, oppure è anticipata successione, o nel tempo stesso è donazione e divisione, o, come dicono altri autori è divisione provvisoria che si riferisce al tempo



po della futura successione, cosicchè questi donatari non sono veri donatari, sono eredi perchè tali diventano alla morte del donante e solo provvisoriamente e in via transitoria si debbano considerare come donatari? Tutte queste opinioni sono state sostenute. Dall' accogliere l'una o l'altra derivano delle importanti conseguenze pratiche, e principalmente la conseguenza che si riferisce al giorno in cui incomincia la prescrizione delle azioni. C'è l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto, c'è l'azione di garanzia tra i vari coeredi, c'è l'azione d'impugnatura per lesa legittima: il termine della prescrizione di quest'azioni incomincia dal giorno in cui fu fatta la donazione, oppure incomincia dal giorno dell'apertura della successione, oppure per alcune si deve seguire un criterio e per altre un criterio diverso? Esponiamo brevemente i vari sistemi.

Alcuni hanno detto: la divisione inter vivos per donazione è vera apertura di successione. Che cosa fa il padre di famiglia quando dona tutto il suo patrimonio ai figli, che saranno i suoi possibili eredi, e distribuisce i beni tra di loro? Non fa altro che aprire la successione, contro il principio generale che durante vita non c'è luogo a successione. Secondo questo primo sistema quindi qui c'è un'anticipata apertura di successione.

Secondo sistema. C'è vera e propria donazione la quale si converte in divisione al tempo della morte del donante. Cosicchè bisogna distinguere due momenti: il periodo anteriore alla morte del donante ed il periodo posteriore. Nel periodo anteriore alla morte del donante l'atto è donazione; nel periodo posteriore



re quest'atto di donazione diventa divisione. Altra opinione. Non è né anticipata successione né donazione che poi si muta in divisione; è una divisione vera e propria, ma una divisione paragonaria, una divisione che si riferisce al futuro. Mentre la divisione comune presuppone un titolo traslativo già preesistente, quale la successione, questa divisione speciale suppone un titolo traslativo futuro che è pure la successione. Gli apparenti donatari non sono che eredi, il loro titolo d'acquisto non si deve ricercare nella donazione, ma nella successione posteriore, ossia che questa donazione ha solo la sembianza, la forma esteriore della donazione; in sostanza non è che divisione di quell'acquisto che si farà in futuro mediante la successione.

Altra opinione: la donazione è vera donazione, e nel tempo stesso è divisione; è un atto che ha doppia natura di donazione e di divisione, e sicché nel momento stesso in cui è compiuto, quest'atto produce l'effetto traslativo, non solo, ma anche lo effetto distributivo, cioè l'effetto proprio della donazione ed l'effetto proprio della divisione. Bisogna però ricordare, dicono i seguaci di tale opinione, che sebbene quest'atto sia donazione e divisione nel tempo stesso, pure è donazione e divisione in cui si ha riguardo al futuro, ossia è una donazione e divisione fatta in riguardo a futura successione, non è donazione e divisione pura e semplice, ma è una divisione ed una donazione che si fa avendo di mira la possibile futura successione. Tutte le opinioni presentano un lato debole, vediamo quale sia la preferibile.

Non si può sostenere che la divisione inter vivos sia anticipata successione, perché il nostro codice non ammette la



possibilità di patti di successione futura. Il nostro codice, più rigoroso del Diritto romano e del diritto francese, non ammise mai una vera deroga al principio della nullità dei patti successori. Ed inverso se avesse voluto ammettere questa deroga, l'avrebbe dovuto dire chiaramente. Il codice delle due Sicilie diceva che la divisione inter liberos costituisce un' anticipata successione e quindi la questione era risolta. Il nostro codice non avendo seguito il codice delle due Sicilie, e non avendo fatto espressa menzione di quest'eccezione, deve ritenersi che non abbia accolto tale opinione.

L'altra opinione si presenta in modo più plausibile; cioè che la divisione inter liberos sarebbe donazione durante il tempo della vita del donante, diventerebbe divisione dopo. Ma contro si oppone giustamente che non si capisce come un atto che è donazione possa un bel momento trasformarsi in divisione. Questa metamorfosi è inesplicabile. Nel tempo in cui il donante donava, in quel tempo stesso egli distribuiva i beni; la divisione incomincia fin dal momento della donazione.

La terza opinione è che la divisione inter liberos sia una divisione provvisoria, e che il titolo d'acquisto vero e proprio sia la successione. Se fosse vera quest'opinione, ne seguirebbe che ove gli apparenti donatari rinunziassero alla successione, essi non dovrebbero ritenere niente di ciò che hanno avuto in donazione. Invece non è così; essendo applicabili tutte le regole concernenti le donazioni (art. 1045), i donatari quando si apre la successione possono benissimo rinunziare alla successione e ciò non devono ritenere i beni che hanno avuto



in donazione. Se possono ritenere i beni aneliti per mezzo della divisione inter vivos, anche rinunziando alla successione, è evidente come il titolo acquisitivo del loro diritto non si deve ricercare nella successione, ma nella divisione inter vivos. Per ciò la divisione inter vivos non è semplice divisione, sia pure provvisoria, no, ma è nel tempo stesso donazione e divisione. Quest'è l'opinione più seguita nella dottrina e nella giurisprudenza. È donazione in quanto il proprietario si spoglia dei beni, e divisione in quanto nel tempo stesso che il proprietario si spoglia di questi beni, li distribuisce. Ma non è una donazione ed una divisione senza connessione col futuro, una connessione c'è, ma questa connessione non deve considerarsi come connessione intima tra effetto e causa, dimodoché mancando la successione debba venire a mancare l'effetto della divisione. La futura successione costituisce il motivo dell'atto, non già la causa giuridica. Il padre di famiglia divide i beni suoi tra i figli, appunto perché pensa che questi beni un giorno saranno oggetto di successione ereditaria e quindi oggetto di comunione, ed egli si riferisce nel suo pensiero a questa possibilità; ma questo suo pensiero resta un motivo che caratterizza l'atto senza esserne la causa giuridica. La causa dell'atto è quella comune ad ogni donazione, cioè la animus donandi. Il motivo è quello d'impedire le discordie nascenti dalla futura comunione ereditaria, ma se, aprendosi la successione, la comunione non si verifica per una ragione qualsiasi l'atto resta egualmente valido. Infatti non si può dire che essendosi rinunziata dell'appartenenza, la divisione non abbia per lui alcun effetto. La legge



dice che alla divisione inter vivos fatta per atto tra vivi si applicano tutte le regole, le condizioni, le formalità della donazione. Non dice solo la divisione per atto tra vivi dev'essere fatta colle forme della donazione, perchè allora si potrebbe dire ch'è vera e propria divisione, che si riferisce al futuro, non già donazione. Dal momento che la legge applica tutte le regole della donazione, si applica anche quella dell'art. 1003 per cui l'apporcionado può ritenere il dono e rinunciare all'eredità. L'atto quindi non si può concepire come semplice divisione, D'altra parte non si può concepire come donazione comune, perchè la legge ammette delle impugnative che sono caratteristiche della vera e propria divisione, come la rescissione per lesione oltre il quarto. E donazione e divisione nel tempo stesso, donazione e divisione che sempre ha riguardo alla futura successione, perchè la legge stessa dispone nell'art. 1047 che ove in questa donazione divisione sia trascurato qualcuno di quelli che si trovano ad essere discendenti al tempo della successione, e che quindi hanno diritto ad essere eredi, la divisione donazione è nulla. Dunque c'è connessione con l'apertura della successione, non si può dire atto del tutto staccato. Ma la connessione dee intendersi solo nel senso che, verificandosi la connessione ereditaria, se ne prevenzan gl'ineasementi con l'anticipata decisione paterna, ma se la comunione non si riferisce o per rinuncia o per la premioria di uno degli apporcionados l'attribuzione fatta in suo vantaggio resta ferma.

L'apporcionado pertanto ripete la causa del suo acquisto



non dalla qualità ereditaria che può non assumere ma dalla donazione inter vivos. Vediamo ora le regole che riguardano quest'istituto singolare. Surtutto le persone. Quali persone possono compiere quest'atto e verso quali persone si può compiere? Quest'atto di natura singolare può essere compiuto dai genitori, dagli ascendenti, verso i figli o i discendenti. Bisogna poi avere la capacità voluta per l'atto speciale con cui la divisione si compie; quindi se la divisione inter liberos è fatta per testamento, il disponente deve avere la capacità di testare, e perciò se è minore di 18 anni, se è interdetto, se non è sano di mente, se è condannato all'ergastolo, non potendo fare testamento conseguentemente non può fare la divisione inter liberos. Se si fa per donazione, oltre queste cause d'incapacità, ce ne sono altre, perché sappiamo che il maggiore di anni 18 e minore di 21 può fare testamento ma non può fare donazione; l'inabilitato può fare testamento ma non donazione; la donna maritata può fare testamento, ma non può fare donazione senza l'autorizzazione del marito. Considerando ora la capacità di coloro che ricevono per divisione inter liberos, si può dire che se si tratta di testamento tutti sono capaci a ricevere tranne le persone che non sono nemmeno concepite al tempo in cui muore il testatore, oppure sono indegne, cioè si applicano le regole generali intorno alla capacità di ricevere per testamento; se si tratta invece di divisione inter liberos fatta per donazione, i discendenti debbono avere la speciale capacità che la legge vuole per



accettare la donazione; se il discendente è un minore ha bisogno del rappresentante, che sarà il padre, se è la madre che divide i beni, o viceversa, e nel caso che dopo morte siano entrambi i genitori si nominerà un curatore speciale. Così anche se si tratta d'interdetto, d'invalidato occorre la rappresentanza del tutore, o l'assistenza del curatore, e se tutore o curatore è lo stesso ascendente che divide, si nominerà un curatore speciale. Se un discendente è una donna maritata non ha bisogno d'autorizzazione del marito, perché la donna maritata non può donare, ma può accettare le donazioni. La caratteristica di quest'atto è, come ho detto, che in esso devono essere contemplati tutti i discendenti, non si può escludere alcuno. Quando si dice: tutti i discendenti, s'intende comprendere non soltanto quelli esistenti nel tempo della donazione o al tempo in cui si fa il testamento, ma anche quelli che si trovano per lo meno concepiti al tempo della morte del donante o del testatore. Cosicché se anche una persona abbia diviso i suoi beni per atto tra vivi tra tutti i figli allora esistenti e dopo ne abbia avuto degli altri, l'esistenza di quest'altri figli distrugge l'efficacia dell'atto di donazione divisione. Quali beni possono essere oggetto delle divisioni inter vivos? Se ha la forma di testamento, possono essere oggetto non solo i beni presenti, attuali al tempo in cui il testatore fa il testamento, ma anche i beni futuri; se invece si tratta di donazione, sappiamo che è principio generale della donazione che non si possono donare i be-



ni futuri. Un padre di famiglia che fa una donazione per attuare la divisione inter liberos non può dividere i beni futuri, deve dividere i beni attuali. La questione che si fa è: se il padre di famiglia assegna nei lotti dei vari figli anche beni ch'è in procinto d'acquistare, la divisione è nulla per intero o in parte? Alcuni sostengono che in questo caso la divisione donazione è nulla per intero, per che il codice dice ch'è nulla in parte la donazione dei beni futuri, ma non ripete lo stesso a proposito della divisione donazione. Altri invece, più giustamente, dicono che anche la divisione inter liberos è nulla, solo riguardo a beni futuri non in tutto, giacchè non vi era bisogno di ripetere la disposizione relativa alle donazioni. Una madre di famiglia che vuole dividere il patrimonio tra i figli, può dividere i beni dotali? No, non avendo diritto di disporre, non può avere il diritto di dividere questi beni; se la donna non può alienare i beni dotali, nemmeno col consenso del marito, non può donarli.

Inal' è il contenuto proprio della divisione inter liberos? Il contenuto caratteristico è la composizione dei lotti, cioè non basta che il padre di famiglia dica: dono tutti i miei beni ai miei figli in parti eguali, oppure in parti disuguali, nelle seguenti proporzioni. Se fa questo, fa una donazione pura e semplice, quest'atto non ha niente di speciale, esso assume la caratteristica speciale di divisione inter liberos, quando dopo avere enunciato il criterio che presiede alla sua operazione, egli materialmente forma i lotti corrispondenti alle quote stabilite. Se dice: la



sia a tutti 5 figli tutto il patrimonio in parti eguali, senza fare altro, allora fa una donazione pura e semplice; se invece dice pure: nel lotto A entreranno questi mobili, immobili e crediti, ecc; nel lotto B entreranno quest'altri mobili, immobili e crediti, ecc; allora abbiamo una divisione inter liberos. Sicché il contenuto caratteristico della divisione inter liberos è la composizione materiale dei lotti. Si domanda a questo proposito: il padre di famiglia è obbligato quando fa quest'assegnazione di lotti a seguire le regole che la legge pone a proposito della divisione giudiziaria, cioè che ciascun lotto deve contenere un'eguale quantità di beni mobili, immobili e di crediti, e approssimativamente questi beni debbono essere della stessa qualità?

Alcuni hanno voluto sostenere che anche il padre di famiglia nella divisione inter liberos deve seguire questi criteri. Tale opinione non può essere accolta. La legge pone delle regole per la divisione giudiziaria ma stabilisce d'altro canto un principio generale che cioè la divisione amichevole, consensuale, può farsi con quelle condizioni che meglio sembrano opportune alle parti. Se la divisione inter liberos non è divisione giudiziaria ed ha anzi lo scopo di eliminare la possibilità di tale divisione, essa si deve equiparare alla divisione amichevole, sicché il padre di famiglia ha piena libertà nella composizione dei lotti; in un lotto può mettere soltanto dei beni immobili, in un altro dei beni mobili, ecc; ben aggiungerò che la divisione inter liberos sebbene sia istituita an-



tico, anch'oggi si raccomanda e fu perciò conservato dal legislatore perchè ha lo scopo di evitare quell'inconveniente che noi ricordammo a proposito della divisione giudiziarie, cioè il polveramento dei beni. Or tale ragione per cui il legislatore ha conservato quest'istituto, mancherebbe, qualora si obbligasse il padre di famiglia a seguire le regole dalla legge poste per la divisione giudiziarie.



Sommario

Effetti della divisione inter liberos - 1°) per atto tra vivi.  
Prima della morte del donante - dopo la morte - 2°) per  
testamento. Azioni d'impugnativa speciali a) per omis-  
sione di un figlio - b) di rescissione per lesa legittima-  
re - c) di rescissione per lesione oltre il quarto.

Per studiare gli effetti della divisione inter liberos bisogna distinguere se questa è fatta per atto tra vivi o per testa-  
mento. Se per atto tra vivi bisogna distinguere due periodi,  
il periodo in cui vive il donante ed il periodo dopo la mor-  
te. Durante la vita, la divisione tra ascendenti produce gli  
effetti propri della donazione e gli effetti propri della di-  
visione. Tra ascendente che dona e discendenti che ricevo-  
no per donazione, l'atto è irrevocabile, i figli acquistano  
la proprietà dei beni tra loro divisi dall'ascendente.  
D'altra parte l'atto è sottoposto a tutte le regole della do-  
nazione, alla risoluzione per inadempimento dei pesi,  
alla revoca per ingratitudine. La questione che si fa a  
questo proposito è: se un solo dei figli sia manchevole nello  
adempimento degli obblighi imposti dal donante, se uno di lo-  
ro si mostra ingrato, la donazione divisione dev'essere revoc-  
cata interamente oppure dev'essere revocata soltanto di fron-  
te al figlio inadempiente ed ingrato? Vi sono varie opinio-  
ni che per brevità tralascio; la mia è che l'azione di revoca



per ingratitude o quella di riduzione per inadempimento dei pesi, sono azioni che hanno carattere in certa guisa penale, e quindi non possono avere efficacia che contro la persona che si rese immeritevole della donazione: gli altri donatori non dovranno per nulla essere toccati. Ma si dice in contrario: se si revoca la donazione solo a danno di uno dei figli, cioè di colui che è stato ingrato o che non ha adempiuto agli oneri imposti dal donante, avverrà che al tempo della successione il patrimonio del donante si troverà diviso non tra tutti i figli, ma tra alcuni soltanto. Ora, per legge, quando il donante ammette qualcuno dei figli nella divisione donazione, questa è nulla per intero. Perciò ritenendo che la donazione divisione debb'essere revocata solo rispetto a chi s'è mostrato ingrato, o a chi s'è mostrato inadempiente, non si eviterà la conseguenza che apparentemente la donazione avrà efficacia rispetto agli altri, ma in realtà no, perché al momento della morte si troverà un figlio non contemplato, e quindi la donazione sarà nulla. Quest'osservazione ci sembra inesatta. Altri è il caso in cui il padre di famiglia ammette qualcuno, ed altro è il caso che contempli tutti e che uno dei figli sia divenuto immeritevole della donazione. Il fatto che la donazione venga revocata solo rispetto ad alcuni, non importa nullità della donazione. Se nei rapporti tra ascendenti e discendenti l'atto di divisione inter vivos ha carattere di donazione, nei rapporti tra i vari discendenti esso si manifesta come divisione e produce tutti gli effetti della vera e propria divisione. Quindi anzitutto ciascuno dei vari discendenti apporzionati ha l'obbligo della garanzia per



molestia od evizione verso gli altri discendenti. Se uno dei discendenti abbia avuto un bene che poi risulta non appartenere al donante, oppure sia stato molestato nel possesso dei beni, gli altri discendenti, in base al principio generale della divisione, dovranno rispondere delle molestie od evizioni subite.

In secondo luogo se il padre di famiglia fa la divisione in modo che ad alcuno assegna una maggior parte di beni immobili o mobili ingiungendo l'obbligo di pagare agli altri cocondidenti una somma in denaro a titolo di conguaglio o rifacimento, in questo caso coloro che hanno diritto al conguaglio o rifacimento potranno iscriverne ipoteca legale sui beni degli altri discendenti. Ecco le conseguenze che derivano dalla divisione tra ascendenti durante la stessa vita del donante. Quando poi il donante muore, allora non è già che la donazione-divisione si tramuti in testamento, no; la donazione resta donazione. Però siccome la qualità d'erede s'acquista col fatto dell'accettazione, anche se nel patrimonio della persona non vi sia niente, se i donatari o porzionati accettano l'eredità, allora essi acquistano la qualità di eredi e incorrono in tutte le conseguenze che abbiamo studiate intorno all'eredità, e quindi saranno anche responsabili dei debiti ultra vires se hanno accettato senza beneficio dell'inventario.

Ricorderò a questo proposito che i discendenti non sono tenuti ai debiti del donante ove non accettino l'eredità, e ciò in base al principio che nel diritto nostro la donazione sia pure di tutto il patrimonio, non trasmette ipso jure i debiti del donante nel donatario; perchè questa trasmissione



avvenza si richiede un patto speciale, il patto di acollo. I figli del donante perciò sono tenuti al pagamento dei debiti solo quando diventano eredi; ma se i figli che son donatari per forma della divisione inter liberos, al tempo della morte del donante rinunziano all'eredità ne seguirà che si troveranno ad avere i beni del defunto senza l'obbligo del pagamento dei debiti. La rinunzia dei donatari apporzionati è sempre ammessa perchè la donazione-divisione non è un'anticipata successione, dimodochè rinunziando all'eredità si perde il diritto di acquistare i beni; no, la donazione-divisione ha efficacia per se stessa traslativa; se poi s'accetta l'eredità, allora al titolo antico se ne aggiunge un nuovo; ma se non s'accetta, resta integro il titolo primitivo e quindi i donatari restano donatari. Dall'accettazione dell'eredità derivano ancora altre conseguenze pratiche. Così se dopo la donazione il donante acquistò altri beni, quest'altri beni si suddividono tra i coeredi, come pure se nella donazione-divisione qualche cosa si omise, questa cosa omessa viene ad essere divisa tra i discendenti. Se si rinunzia all'eredità, non si ha diritto a questo dappiù che il donante acquistò dopo la donazione.

Quando la divisione inter liberos è fatta per testamento non ci sono difficoltà intorno agli effetti, perchè o si accetta l'eredità, si acquista nel tempo stesso la qualità d'erede e la proprietà di quei determinati beni assegnati dal testatore; o si rinunzia, e allora i discendenti ne sono eredi, ne hanno la proprietà dei beni loro assegnati. Erina che il testatore sia morto, la divisione fatta per testamen-



to è revocabile, perchè il testamento sia pure che contenga una divisione inter liberos, non è atto giuridico che produce i suoi effetti, è un atto che ha solo la potenzialità di produrre effetti giuridici in avvenire, e quindi può essere sempre revocato. Il dubbio nasce quando siamo in presenza d'una revoca tacita, cioè quando il testatore aliena o trasforma una delle cose che ha lasciato all'erede o al legatario. Rispetto alle cose trasformate od alienate la disposizione testamentaria si ha come revocata (art. 892). Lascio a mio un immobile che poi vendo, evidentemente la volontà di legare quell'immobile è revocata. Se il testamento contiene una divisione inter liberos ed il testatore che ha fatto la divisione tra i figli, aliena qualcuna delle cose assegnate ai lotti di questi figli, si ha la revoca di tutto il testamento o pur no? Chi dice sì e chi dice no. L'opinione giusta è nel mezzo. Bisogna vedere che cosa s'è alienata, se è una cosa sola, allora non s'è revoca, perchè la divisione inter liberos per testamento importa successione non già a titolo particolare, ma a titolo universale. L'alienazione d'una cosa isolata non può distruggere nei figli la qualità d'eredi. Se essi hanno ciò che è giusto, se la legittima non è lesa, l'alienazione d'una cosa isolata, assegnata in un lotto, non importa revoca tacita del testamento, perchè benissimo il testatore poteva lasciare ad uno più ed a un altro meno, il testatore poteva lasciare ad alcuni figli la disponibile e ad altri la sola legittima. Se invece il testatore ha alienato tutti i beni compresi in un lotto assegnato ad un figlio,



evidentemente in questo caso manca il carattere della divisione, in quanto che c'è uno di quelli chiamati all'eredità che non troverebbe niente, e quindi in riguardo all'elemento della divisione, il testamento deve dirsi revocato. Ecco quali sono gli effetti della revoca tacita.

Dopo di aver parlato degli effetti della divisione inter liberos, parliamo delle azioni d'impugnativa contro quest'atto. Esse si possono distinguere in due categorie: azioni derivanti dal diritto comune, ed azioni speciali alla divisione inter liberos. Le azioni derivanti dal diritto comune sono tutte quelle che servono ad annullare qualsiasi donazione o qualsiasi testamento, cioè mancanza di forma voluta nella donazione o nel testamento, mancanza di capacità, errore, dolo, violenza, ecc. In tutti questi casi come si può impugnare la divisione inter liberos. È necessario fermarsi su quelle azioni d'impugnativa che sono proprie della divisione inter liberos. Esse sono tre: azione di nullità per preterizione d'un figlio o discendente; azione di rescissione per lesa legittima, azione di rescissione per lesione oltre il quarto. Queste sono le azioni speciali che riguardano la divisione inter liberos, in quanto è una vera e propria divisione. 1°) Azione di nullità per preterizione d'un figlio o discendente. Quest'azione è indicata nell'art. 1047. Essa si fonda sul principio che la legge in tanto concesse al padre di famiglia tutti i vantaggi speciali che derivano dalla divisione inter liberos, in quanto si fonda sul presupposto che il padre di famiglia abbia voluto provvedere alla sorte di tutti i figli e fare loro un assegnamento equo e pro-



pormionato al merito di ciascuno. Ma se in una divisione  
 inter liberos si trova omissa uno dei figli, o perche' non esiste-  
 ra al tempo della divisione o perche' anche esistendo, il padre  
 l'ha trascurato, evidentemente il presupposto della legge nie-  
 me a mancare e da cio' deriva la nullita' della divisione. In-  
 ra c'e' un'altra ragione: noi sappiamo che la divisione  
 in generale puo' essere annullata, quando alcuno dei con-  
 teressati non intervenga nella divisione. Ora questo principio  
 proprio della divisione, giustamente la legge l'ha applica-  
 to anche alla divisione inter liberos. Se questa dev'essere vera  
 e propria divisione, si deve ottemperare a tutte le esigenze  
 della divisione vera e propria. Percio' se uno dei figli e' tra-  
 scurato, la divisione e' nulla. Quest'e' azione di nullita' asso-  
 luta, giacche' non si puo' concepire divisione se non interven-  
 gono tutti gl'interessati. Quali sono gli estremi per l'eserci-  
 zio di quest'azione? E' necessario che sia morto il padre  
 di famiglia, perche' solo in quel momento si vede se si  
 sia preterizione. Puo' infatti accadere che il padre di fami-  
 glia facendo una divisione per atto tra vivi o per testamen-  
 to contempli tutti i figli allora esistenti. Pero' dopo so-  
 praggiunge un altro figlio, il quale si trova ad esistere al  
 tempo dell'apertura della successione. Nonostante il padre  
 di famiglia abbia contemplato tutti i discendenti al tem-  
 po in cui fece l'atto, la divisione e' nulla perche' soprag-  
 giunse un altro figlio. Viceversa, sappiamo che il padre  
 di famiglia a bella posta abbia trascurato un figlio nella  
 divisione. Pero', per fortuna degli altri, questo figlio non contem-  
 plato e' premorto al padre di famiglia, oppure e' indegno a



succedere, oppure rinuncia all'eredità; in questi casi il premorto, il rinunciante, l'indegno, anche se non sia stato contemplato nella divisione non fa sì che la divisione venga ad essere annullata, perchè si considera come non esistente. Infatti il premorto non esiste al tempo dell'apertura della successione, l'indegno è equiparato al premorto, il rinunciante è come se non fosse stato mai chiamato all'eredità. Perciò in questi casi la divisione sebbene in origine fatta male, pure per circostanze sopravvenute vale come se fosse stata fatta in conformità della legge. Perciò, per potere esercitare quest'azione bisogna necessariamente aspettare il tempo dell'apertura della successione, perchè solo se a quel tempo si trovano dei figli non contemplati nella divisione, la divisione dev'essere annullata.

Qual'è l'effetto di quest'azione? Come ho detto l'effetto è di produrre la nullità della divisione, cioè la divisione si ha come non fatta. E conseguenza della nullità è che tutti i diritti acquistati dai terzi medio tempore sono risolti; il che importa un inconveniente gravissimo. Un padre di famiglia ha diviso tutti i beni tra i figli esistenti nel tempo della divisione. Questi figli diventati proprietari hanno vendute le cose donate o hanno concessa servitù, ipoteca su di esse. Il padre di famiglia in seguito ha avuto, poniamo, il ticchio di rimangiarsi si dimodochè al tempo della sua morte vi sono altri figli a quali fanno annullare la divisione. I diritti dei terzi vengono ad essere posti nel nulla, nonostante che si non si possa rimproverare d'aver mancato di dili-



guerra nell'acquistare.

Questo è un altro pericolo che si corre quando si acqui-  
sta una proprietà immobiliare; ne c'è una cautela per pre-  
munirsi. Solo se i terzi sono stati trent'anni nel possesso legiti-  
timo dell'immobile, essi saranno al sicuro.

Quando si prescrive quest'azione?

Quest'azione, siccome non può esercitarsi che quando è  
aperta la successione, non può prescriversi se non passati  
trent'anni dal giorno in cui la successione è aperta,  
perchè la prescrizione comincia quando nasce l'azione.

Data l'eventualità di questa azione di nullità per prete-  
risione di uno dei figli, la divisione inter vivos deve  
sempre considerarsi come una donazione-divisione sotto  
condizione risolutiva, perchè come ho detto, se anche al  
tempo in cui fu fatta la donazione tutti i figli sono  
contemplati e poi ne sopravvengono altri, per questo fatto,  
sebbene la donazione sia stata fatta validamente, essa si  
risolve, come se in fosse stata apposta la condizione ri-  
solutiva.

2°) Un'altra speciale azione della divisione inter vivos  
è l'azione per lesa legittima (art. 1048). Quest'azione è con-  
sequenza d'un principio generale, cioè che la legittima  
non può essere intaccata in alcun modo. Quando il  
padre facendo la divisione inter vivos, per atto tra vivi  
o per testamento, lascia ad alcuno dei figli meno di quel-  
lo che spetterebbe loro a titolo di legittima evidentemente  
il suo atto è contrario alla legge, e quindi i figli hanno  
diritto d'impugnare quest'atto. Come possono impugnarlo?



Qui nasce la questione. La legge parla di azione d'impugnativa. Negli altri casi di lesione di legittima, che abbiamo studiato, il legittimario non impugna l'atto, non esercita l'azione di rescissione, ma esercita l'azione di riduzione contro quella tale liberalità che ha prodotto la lesione.

È questo stesso diritto che si concede coll'art. 1048, oppure è un diritto di natura diversa? Alcuni dicono: quando la divisione inter vivos, fatta per atto tra vivi o per testamento, lede la legittima d'un figlio, costui ricorrerà alle norme comuni, poste dalla legge in garanzia della legittima, cioè farà ridurre quella donazione o quel legato che ha prodotto la lesione; ma la donazione od il testamento resteranno intatti. Altri dicono: qui la legge parla d'impugnativa, di azione di rescissione dell'atto di divisione. Ora azione di riduzione ed azione di rescissione non sono delle differenze. Infatti se si tratta di azione di riduzione sarà toccata soltanto la liberalità che ha prodotto la lesione, se invece si tratta di azione di rescissione allora sarà rescisso tutto l'atto. Non solo, se si tratta di azione di riduzione si sarà la prescrizione di trent'anni, e se si tratta di azione di rescissione, e la divisione sia stata fatta per atto tra vivi, la prescrizione sarà di cinque anni. Noi crediamo che l'opinione più giusta sia quella la quale ritiene che la legge ha voluto garantire la legittima, non già concedendo al legittimario l'azione di riduzione contro quella data liberalità che ha prodotto la lesione, ma l'azione di rescissione contro tutto l'atto della divisione, il che si rileva dalle stesse parole della legge. Infatti



In l'art. 1049 dice: «La divisione fatta dall'ascendente può  
 essere impugnata, se dalla medesima o dalle al-  
 tre disposizioni fatte dall'ascendente risulta che sia  
 lesa nella porzione legittima alcuno di quelli, fra  
 i quali sono stati divisi i beni». Inoltre il codice  
 nello stesso articolo parla tanto di questa speciale azio-  
 ne in garanzia della legittima, quanto dell'azione  
 di rescissione per lesione oltre il quarto. Avendo  
 messo insieme queste due azioni, vuol dire che il  
 legislatore le ha considerate di natura eguale, pur a-  
 vendo scopo diverso, in quanto la prima azione serve a  
 garantire la legittima, la seconda serve a garantire  
 l'eguaglianza tra i coeredi. La conseguenza di questo è  
 che quando uno dei discendenti riconosce lesa la legiti-  
 ma ha diritto d'impugnare tutto l'atto di divisione  
 e di pretendere una nuova divisione. Il questo pro-  
 posito gli autori fanno una questione accessoria. Se il  
 discendente, lesa nella legittima, domanda la rescissio-  
 ne della divisione e quindi una nuova divisione, gli  
 altri coeredenti possono impedire tale effetto dando  
 un supplemento, e questo supplemento lo possono dare  
 in denaro o lo debbono in natura? La questione na-  
 sce da ciò, che ogni qualvolta la legge nostra am-  
 mette l'azione di rescissione sia nella vendita, sia nel-  
 la divisione, ammette la possibilità che l'interessato  
 in contrario possa impedire l'esercizio di quest'azio-  
 ne dando un supplemento. Ora, si dice, se questo  
 è un principio comune a tutti i casi di azioni di



rescissione per lesione, -ragione vuole che questo principio, sebbene non espresso esplicitamente dalla legge, in questo punto, venga applicato. Secondo noi tale soluzione è illogica. Sta bene che si possa offrire il supplemento quando si parla del concetto della semplice riduzione, ma, se la lesione della legittima importa la nullità completa dell'atto di divisione, non v'è riparo. E ciò, tanto più che il legittimario ha diritto ad avere la sua quota in natura, e questo suo diritto si estende su tutti i beni ereditari, né può concedersi agli altri la facoltà di offrire a propria scelta danaro o determinati cespiti in soddisfacimento della ragione di legittima. Quando si prescrive questa azione? Anche quest'azione nasce soltanto il giorno in cui si apre la successione, appunto perché non si può parlare di legittima se non vi sia l'eredità; giacché la quota legittima per il diritto nostro è quota ereditaria; chi pretende la legittima deve avere la qualità di erede e per avere questa qualità è necessario che la successione sia aperta. Anverché l'atto che importa lesione di legittima sia divisione fatta per donazione, anche se questa fin dal primo momento si mostri lesiva della futura legittima, non può essere impugnata, perché colui che ha ricevuto per donazione può non essere erede, può rinunciare, all'eredità, e quindi solo quando ha acquistato la qualità ereditaria, solo allora si verifica la lesione della legittima e na-



sce l'azione. Questa azione adunque nasce solo nel giorno in cui è aperta la successione. In quanto tempo si prescrive? Bisogna distinguere secondo i casi. Se la divisione è fatta per testamento, allora si prescrive in trent'anni, se è fatta per atto tra vivi, siccome tutte le azioni di nullità, di risoluzione, di rescissione nei contratti si prescrivono in cinque anni (articolo 1300), anche l'azione di rescissione per lesa legittima che riguarda una donazione-divisione, sebbene nasca nel giorno in cui è aperta la successione, perché prima non poteva esercitarsi, pure si prescrive nel periodo di cinque anni, secondo la regola generale.

3°) Finalmente l'ultima azione di impugnativa che riguarda la divisione inter vivos è la rescissione per lesione oltre il quarto. Qui la legge non fa che applicare il principio generale, comune a tutte le divisioni. Siccome la divisione ha per caratteristica l'uguaglianza tra i dividendi, ogni qualvolta questa uguaglianza sia lesa oltre una certa misura, la legge soccorre coll'azione di rescissione. Quest'azione che vale per distruggere la vera e propria divisione, vale per distruggere la divisione inter vivos. Nel Diritto romano e comune, l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto non era ammessa contro la divisione inter vivos; e logicamente perché la divisione inter vivos si fonda principalmente su



cio' che il padre di famiglia sa come debbono essere distribuiti i beni tra i figli, perche' conosce i meriti di ciascuno di essi, e quindi e' giusto dare a lui una certa latitudine nella divisione. Invece il codice francese applicando il principio della comproprietà familiare, costringe il padre di famiglia a soggiacere alle regole comuni della divisione, e quindi ammette l'azione per lesione oltre il quarto anche contro la divisione inter liberos. Tanto l'uno che l'altro sistema sono coerenti; ma non può dirsi tale quello seguito dal nostro codice, il quale concede tale azione solo se la divisione sia stata fatta per atto tra vivi, non se per testamento (articolo 1048 in fine). Inale può essere la ragione della differenza? Logicamente nessuna: solo ne è una storica. Il nostro legislatore ha riprodotto in ciò il codice albertino, i di cui compilatori nel porre tale differenza partirono da un concetto errato: cioè che come la collazione è dovuta solo per le donazioni e non per i legati, mentre pel codice francese è dovuta anche per questi, così la rescissione per lesione oltre il quarto dovesse riguardare solo la divisione per donazione, non già anche quella per testamento. Ma evidentemente la analogia tra collazione delle donazioni, e la rescissione della divisione inter liberos appare anche a prima vista addirittura insussistente, e perciò



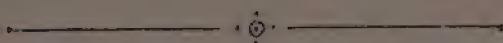
arbitraria e ancora la differenza di trattamento fatta ai due modi di divisione inter vivos.

L'azione di rescissione per lesione, seguendo la teoria da noi raccolta, si prescrive in cinque anni dal giorno della donazione, non già da quello dell'apertura della successione.

---



# INDICE SOMMARIO DELLE LEZIONI



<i>Lezione I<sup>a</sup></i>	Pag. 1
<p>Successione in genere - Concetto di eredità (in senso obbiettivo) - Eredità in senso subbiettivo, ossia il diritto ereditario - Successione a titolo particolare - Criterio distintivo tra eredità e legato - Si completa il concetto di legato.</p>	
<i>Lezione II<sup>a</sup></i>	24
<i>Sommario</i>	
<p>Apertura della successione - Devoluzione - Presupposti della successione. 1°) Morte di una persona - Prova - Immorienza - Assenza - Estinzione delle persone giuridiche: la loro eredità -</p>	
<i>Lezione III<sup>a</sup></i>	43
<i>Sommario</i>	
<p>Secondo requisito della successione: esistenza del successore - a) Incapacità per mancanza di personalità fisica - b) Immorienza del successibile - Cenni sul diritto di rappresentazione - c) Assenza.</p>	



- 111 -

Lezione IV<sup>a</sup> ..... Pag. 59

Sommario

L'indegnità - Storia e concetto - I casi d'indegnità - Effetti - L'azione per far dichiarare l'indegnità - Effetti rispetto ai figli dell'indegno; ai coeredi; ai terzi.

Lezione V<sup>a</sup> ..... 81

Sommario

La capacità di succedere delle persone giuridiche - Persone giuridiche ecclesiastiche: Santa Sede - Persone giuridiche straniere. Società Commerciali - Disposizioni in favore di persone giuridiche; prove dell'esistenza legale al tempo dell'apertura della successione - Varie ipotesi.

Lezione VI<sup>a</sup> ..... 100

Sommario

Il vero requisito dell'eredità: la vocazione ereditaria - I patti successorii - Indole - Specie - Connessioni - Ragioni del divieto - Condizioni perché vi sia un patto successorio - Eccezioni indirette - Diritto transitorio - Internazionalismo privato - Differenza tra i patti successorii e la donazione causa mortis.

Lezione VII<sup>a</sup> ..... 113

Sommario

Acquisto dell'eredità - I vari sistemi legislativi - La massima "il morto impropria il vi-  
so" nei vari periodi storici - Le varie opinioni



intorno al sistema seguito dal cod. civ. ital.  
Valore di quella massima nel nostro codice.

Conseguenze.

*Lezione VIII<sup>a</sup> . . . . . Pag. 133*

*Sommario*

Come si concilia la trasmissione ipso jure dell'  
l'eredità con la necessità dell'accettazione.  
Importanza pratica della quistione - I vari  
sistemi seguiti per risolverla - Il nostro siste-  
ma: sua dimostrazione.

*Lezione IX . . . . . 149*

*Sommario*

Dell'accettazione in genere - Concetto - Requisi-  
ti - Volontà - Condizione, termine - Accettazione  
per parte - Accettazione per mezzo rappresen-  
tante - Oggetto dell'accettazione: quistioni rela-  
tive - Capacità per fare l'accettazione: persone  
fisiche incapaci.

*Lezione X<sup>a</sup> . . . . . 169*

*Sommario*

Continua: dell'accettazione in genere - Incap-  
acità delle persone giuridiche - Vizi del consen-  
so - Errore, violenza, dolo, lesione - Le azioni di  
annullabilità. La revoca dell'accettazione com-  
piuta in fede dei creditori.

*Lezione XI . . . . . 189*

*Sommario*

Trasmissione del diritto d'accettare - Le con-



dirizioni necessarie perchè la trasmissione s'ac-  
veri. Differenze tra trasmissione e successione  
per rappresentazione. Prescrizione della facol-  
tà d'acceptare. Sua indole ed effetti. Casi in  
cui è abbreviato il termine di 30. anni.

*Lezione XII<sup>a</sup> . . . . . Pag. 214*

*Sommario*

Dell'acceptazione pura e semplice. Acceptazione  
espressa. Acceptazione tacita.

*Lezione XIII<sup>a</sup> . . . . . 228*

*Sommario*

Acceptazione pura e semplice derivante dal-  
la legge (acceptazione presunta). I vari casi  
Effetti dell'acceptazione pura e semplice. Ac-  
ceptazione con beneficio d'inventario. Suoi  
elementi. Termine per compierla. Perdita  
del beneficio d'inventario.

*Lezione XIV<sup>a</sup> . . . . . 254*

*Sommario*

La rinunzia all'eredità. Concetto. Requisi-  
ti per l'esistenza. per la piena validità. Effet-  
ti della rinunzia. rispetto al rinunziante. ri-  
spetto al rinunziante. rispetto agli altri interes-  
sati. Irrevocabilità della rinunzia: ecce-  
zione. Revoca della rinunzia in pregiudi-  
zio dei creditori.



# *Lezione XV<sup>a</sup> ..... Pag. 277*

## *Sommario*

*Eredità giacente. Differenza tra il Di-  
ritto romano ed il nostro. I casi di ere-  
dità giacente previsti espressamente dal  
codice. Gli altri casi che possono aggiun-  
gersi. L'indole giuridica dell'eredità gia-  
cente.*

# *Lezione XVI<sup>a</sup> ..... 296*

## *Sommario*

*Il curatore dell'eredità giacente. Nomina di esso. Sua figura giuridica. Suo ufficio: obblighi: atti che può compiere. Responsabilità. Efficacia degli atti da lui compiuti. Cessazione dall'ufficio. Il curatore il legale.*

# *Lezione XVII<sup>a</sup> ..... 318*

## *Sommario*

*Effetti dell'acquisto dell'eredità. A) Rispetto all'erede stesso. Diritti che non si trasmettono. Diritti pubblici. Titoli onorifici e diritto di patronato. Diritti e azioni di stato. Usufrutto, uso; diritti agli alimenti. Diritti derivanti dal mandato e dalla società. Actiones vindictorum spirantes. Diritti condizionali derivanti da testamento.*



Lezione XVIII<sup>a</sup>

Pag. 336

## Sommario

Continuazione: diritti che non si trasmettono agli eredi - Diritto di sepolcro - Diritti che non sono ereditarii, sebbene presuppongano la morte di una persona - Obbligazioni che non si trasmettono agli eredi - La confusione dei patrimonii: conseguenze - Eccezione: beneficio d'inventario.

Lezione XIX<sup>a</sup>

356

## Sommario

B) Effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto ai terzi - Diritti dell'erede - 1°) Petizione di eredità - Concetto - Chi può sperimentarla - Contro chi - Competenza - Prova - Se l'azione si estingue per prescrizione.

Lezione XX<sup>a</sup>

370

## Sommario

Gli effetti della petizione d'eredità - Erede apparente di buona fede, ed erede apparente di mala fede - Effetti diversi: rispetto alla restituzione dei beni - alla restituzione dei frutti - alla responsabilità per le alienazioni fatte - In qual momento deve sussistere la buona fede - Diritto dello erede apparente verso l'erede vero.



716-

## Lezione XXI<sup>a</sup> . . . . .

Pag. 393

### Sommario

Il rapporto tra l'erede vero ed i terzi. La tutela dei terzi di buona fede che acquistano a titolo oneroso dall'erede apparente. Natura giuridica dei rapporti tra erede vero e terzi; e tra erede vero ed erede apparente.

## Lezione XXII . . . . .

414

### Sommario

L'azione di riduzione delle liberalità lesive della riserva. A chi spetta. Operazioni preliminari. 1<sup>o</sup>) Formazione della massa ereditaria. 2<sup>o</sup>) Stima dei beni formanti la massa. 3<sup>o</sup>) Imputazione delle donazioni. Le varie specie di donazioni sottoposte a riduzione. Atti che per legge si presumono donazioni simulate sotto forma di contratti onerosi: esame dell'art. 811 cod. civ.

## Lezione XXIII<sup>a</sup> . . . . .

437

### Sommario

Esercizio dell'azione di riduzione. Inefficacia delle disposizioni testamentarie. Riduzione della liberalità testamentaria. Riduzione delle donazioni. Carattere dell'azione di riduzione contro i donatari - contro i terzi. Insolubilità d'un donatario. Eccezioni alle regole generali intorno alla riduzione. L'art. 810. L'art. 326.

## Lezione XXIV<sup>a</sup> . . . . .

456

### Sommario

Obblighi dell'erede verso i terzi: cioè del pago.



mento dei debiti e pesi creditorii - Il principio della divisibilità dei debiti e sue conseguenze - Eccezioni al principio - Il principio della contribuzione proporzionale dei vari coeredi al pagamento dei debiti - Il diritto di regresso in favore di chi abbia pagato l'intero debito ereditario - La responsabilità ultra vires: limite in favore dell'erede beneficiato.

*Lezione XXV<sup>a</sup> . . . . . Pag. 473*

*Sommario*

Si continua a discorrere delle regole speciali concernenti il pagamento dei debiti da parte dell'erede beneficiato - Indole dell'obbligazione di costui - L'istituto della cessione dei beni ereditari: sua giustificazione: natura: effetti: forma - Cautele introdotte dalla legge in vantaggio dei creditori, nell'ipotesi d'accettazione beneficiata - Modo di pagamento dei debiti ereditarii e dei legati - Preferenza dei creditori rispetto ai legatari - Se i creditori ereditari debbano subire il concorso dei creditori personali dell'erede.

*Lezione XXVI<sup>a</sup> . . . . . 493*

*Sommario*

La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede: concetto: differenza tra il Diritto romano e il nostro - Chi può esercitare il diritto di separazione - Contracchi s'esercita - Come si esercita - Su quali beni. Condizioni per l'esercizio.



termini. esistenza del credito - la novazione del credito.

## Lezione XXVII<sup>a</sup>

Pag. 514

### Sommario

Effetto del beneficio di separazione. Indole giuridica del beneficio di separazione. Se i creditori non separatisti possano concorrere con i separatisti. (la separazione importa preferenza dei separatisti sui non separatisti). La vecchia massima "nemo liberalis nisi liberatus", e il suo valore. Il diritto di separazione contro i legatari.

## Lezione XXVIII<sup>a</sup>

535

### Sommario

Rapporti tra i vari coeredi. La collazione. Concetto: storia: fondamento e scopo. Casi in cui essa deve aver luogo.

## Lezione XXIX<sup>a</sup>

553

### Sommario

Segue: la collazione. Distinzione dalla riunione fittizia dalla riduzione dall'imputazione, considerata nei suoi diversi scopi. Chi ha l'obbligo di conferire. La dispensa dalla collazione. A chi si deve conferire.

## Lezione XXX<sup>a</sup>

579

### Sommario

Oggetto della collazione. Donazioni dirette. Esempi: dote, corredo nuziale, patrimonio sacro, assegno per qualunque ufficio o collocamento. Donazioni indirette: vari casi: contratti onerosi, specie il contratto di società. Donazioni mascherate. Si determina l'oggetto della collazione; è ciò che costituisce oggetto della donazione, non già i vantaggi da essa occasionati, non i frutti e interessi provenienti da cosa donata, né quelli che furono unico oggetto della donazione. Col-



lazione dell'usufrutto - Collazione dei premi d'assicu-  
razione - Collazione nel caso di dote pagata senza  
garanzia.

*Lezione XXXI<sup>a</sup> . . . . . Pag. 601.*

*Sommario*

Altre cose non soggette a collazione - I modi con  
cui si opera la collazione - in natura o per imputa-  
zione - Collazione degli immobili: casi in cui ne-  
cessariamente deve aver luogo l'imputazione - Ca-  
terio per valutare lo immobile donato, e consequen-  
te - Collazione delle cose mobili: regole speciali -  
Collazione dei crediti - Collazione del denaro -

*Lezione XXXII<sup>a</sup> . . . . . Pag. 621*

*Sommario*

La collazione dei debiti - La divisione: diritto di  
domandarla - Casi in cui questo diritto è sospeso - Ca-  
si in cui il diritto è perduto - Capacità occorrente per  
la divisione - Le varie specie di divisione - La divi-  
sione giudiziale e le varie operazioni ad essa rela-  
tive - I diritti dei creditori e dei coeredi dei coe-  
redi rispetto alla divisione -

*Lezione XXXIII . . . . . 612*

*Sommario*

L'indole dichiarativa della divisione - Effetti del-  
l'indole dichiarativa - Se abbiano indole dichiarati-  
va anche gli atti che tengono luogo della divisio-  
ne vera e propria - Requisiti perchè tali atti abbia-  
no natura dichiarativa -



-720-

*Lesione* XXXIV<sup>a</sup> ..... Pag. 661

*Sommario*

Effetti della divisione: l'azione di garanzia per evizione - Garanzia per l'esigibilità dei crediti e delle rendite - Annullamento della divisione per violenza o dolo - *Quid* in caso di errore - L'azione di rescissione per lesione oltre il quarto.

*Lesione* XXXV<sup>a</sup> ..... 679

*Sommario*

La divisione *inter liberos* - Come può farsi - Se sia un atto d'indole eccezionale o che ognuno può compiere - Indole giuridica di questa speciale divisione; le varie opinioni - I soggetti della divisione *inter liberos* - Capacità - L'oggetto - Contenzioso speciale.

*Lesione* XXXVI<sup>a</sup> ..... 695

*Sommario*

Effetti della divisione *inter liberos* - 1°) per atto tra vivi - Prima della morte del donante - dopo la morte - 2°) per testamento - Azioni d'impugnativa speciali a) per omissione di un figlio - b) di rescissione per lesa legittima - c) di rescissione per lesione oltre il quarto.

---

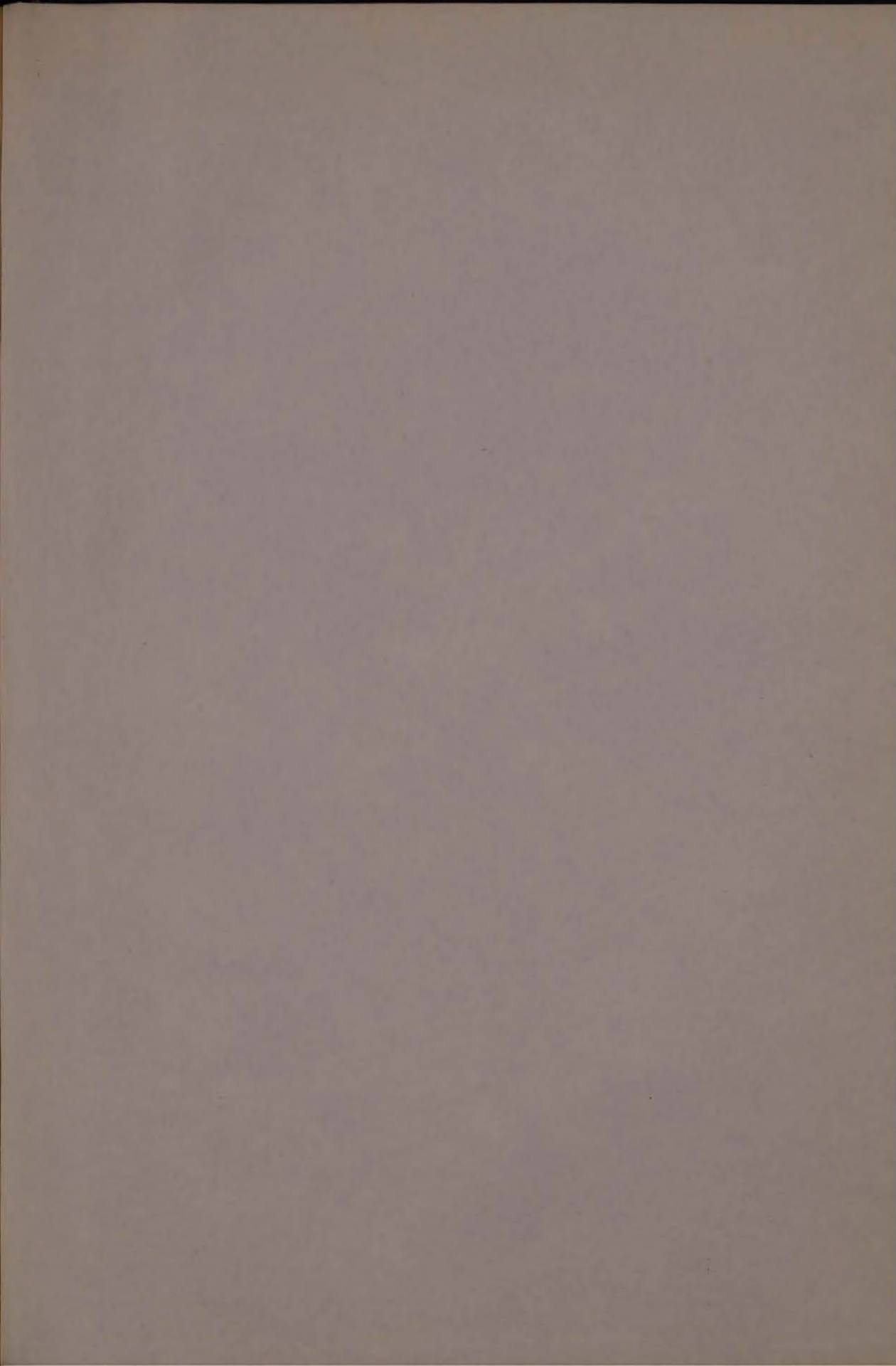


29. 29✓











REC. 11458









Università degli Studi di Padova  
Biblioteche del Polo giuridico



POL090048254